Die Vorpfändung nach § 845 ZPO.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Karl Nobbe
Referendar in Leipzig.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Das Wesen der Vorpfändung.

§ 2. 1. Zwangsvollstreckungshandlung oder nicht? 2

§ 3. 2. Schlußfolgerungen 12

§ 4. II. Die Voraussetzungen der Vorpfändung 16

§ 5. III. Die Zustellung des Benachrichtigungsschriftsatzes 18

§ 6. IV. Der Gegenstand der Vorpfändung 20

V. Die Wirkung der Vorpfändung.

§ 7. 1. Übersicht über die aufgestellten Theorien 24

2. Betrachtung der einzelnen Theorien.

§ 8. a) Die Lehre vom fingierten Pfandrecht 26

§ 9. b) Die Lehre von der Zurückdatierung des Pfandrechts . 28

§ 10. c) Die Lehre von der Bedingung, insbesondere von der Suspensivbedingung 30

§ 11. d) Die Lehre von der Resolutivbedingung 31

§ 12. e) Die Lehre vom einstweiligen Pfandrecht 34

§ 13. 3. Prüfung der Lehre vom resolutiv bedingten und einstweiligen Pfandrecht. Ergebnis 35

4. Schlußfolgerungen aus dem gewonnenen Ergebnisse.

§ 14. a) Der Einfluß zwischenzeitlicher Ereignisse 44

§ 15. Fortsetzung: Hinterlegung 47

§ 16. b) Die Anfechtung der Vorpfändung im Konkurse . . . 49

§ 17. 5. Die Frist des § 845 Abs. 2 51

Literaturverzeichnis.

Arnold, Abhandlung in der Juristischen Wochenschrift 1880 S. 86.
Bartsch, Die Vorpfändung nach § 744 ZPO. Hallesche Diss. 1894.
v. Bülow, Die Zivilprozeßordnung. 2. Aufl. 1882.
v. Bülow, Abhandlung im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 62 S. 1.
Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. 1904.
Deumer, Die Geldvollstreckung in Wertpapiere. Leipziger Diss. 1908.
Endemann, Der deutsche Zivilprozeß. 1878/79.
Engelmann, Der deutsche Zivilprozeß. Breslau 1901.
Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtssachen für den preußischen Staat nebst Motiven. Berlin 1864.
Falkmann, Die Zwangsvollstreckung. Bd. 1 2. Aufl. 1908, Bd. 2 1. Aufl. 1899.
Fischer-Schäfer, Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 1902.
Fitting, Der Reichszivilprozeß. 11. Aufl. 1903.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896.
Francke, Abhandlung in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 10 S. 109.
Fuchs, Grundbuchrecht. 1899 ff.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung. 8. u. 9. Aufl. 1906 u. 1908.
Güthe, Die Grundbuchordnung. 1905.
Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 1 u. 2. 2. Aufl. 1881. Bd. 8, herausgegeben von Mugdan. 1898.
v. Harder, Abhandlung in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 32 S. 375.
Hellmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Abt. 3. 1881.
Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 1885.
Hellmann, Pfändungsbenachrichtigung und Arrest. In der Juristischen Wochenschrift 1890 S. 139.
Hellwig, Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen. 1883.
Hennerici, Die Zwangsvollstreckung in Wertpapiere. Berlin 1908.
Hoeniger, Abhandlung in den Blättern für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts 1904 S. 17.
Jaeckel-Güthe, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 3. Aufl. 1909.
Jaeger, Die Konkursordnung. 2. Aufl. 1904, 3./4. Aufl. 1908.

Keidel, Abhandlung in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 21 S. 68 f.
Kell, Der Privatarrest nach § 845 ZPO. (Vorpfändung). Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1908.
Kirchberger, Die Vorpfändung nach § 845 ZPO. Leipziger Diss. 1907.
Kirchberger, Abhandlung in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1908 S. 765.
Kirchberger, Der rechtliche Charakter der Vorpfändung nach § 845 ZPO. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß 1909 S. 461 ff.
Kleiner, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1878.
Kohler, Der Zivilprozeß. In Holtzendorffs Enzyklopädie Bd. 2.
Linckelmann, Abhandlung in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 20 S. 176.
Lisiecke u. Drewes, Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen in der Praxis des Amtsgerichtes I Berlin. 1896.
Müller, W. A., Die Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts. 1907.
Neukamp, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1900.
Neumiller, Die Zivilprozeßordnung. 2. Aufl. 1907.
Oberneck, Reichsgrundbuchrecht. 3. Aufl. 1904.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 7. Aufl. Berlin 1906.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung. 5. Aufl. 1906.
Planck, G., Bürgerliches Gesetzbuch. 3./4. Aufl.
Planck, J. W., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 1896.
Predari, Die Grundbuchordnung. 1907.
Protokolle der Kommission für eine Zivilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund. 1868–1870.
Puchelt, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1877.
Raddatz, Abhandlung in Gruchots Beiträgen Bd. 37 S. 671.
Reincke, Die deutsche Zivilprozeßordnung. 5. Aufl. 1904.
Reinhard, Das Zwangsversteigerungsgesetz. 1901.
Rintelen, Der Zivilprozeß. 1891.
Rothenberg, Abhandlung in Gruchots Beiträgen Bd. 35 S. 753.
Schanz, Abhandlung in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1908 S. 302 ff.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 2. Aufl. 1906.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1908.
Seuffert, Abhandlung in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 3 S. 355.
Siebenhaar, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1877.
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3./4. Aufl.
Stein, Der Zivilprozeß. In Birkmeyers Enzyklopädie. 2. Aufl. 1904.
Stein, Die Wirkungen der Pfändungsbenachrichtigung (ZPO. § 845). Im Sächsischen Archiv für Rechtspflege 1909 S. 1 ff.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung. 8. Aufl. 1901.
Sydow u. Busch, Die deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte. 7. Aufl. 1903.
Tücking, Abhandlung im Recht 1906 S. 925.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. 1906.

Uebel, Die Zivilprozeßordnung. 1878.
v. Völderndorff, Abhandlung in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 6 S. 168.
Wach, Handbuch des Zivilprozesses. Bd. 1. Leipzig 1885.
Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. 2. Aufl. 1896.
Weigelin, Pfändungspfandrecht an Forderungen. Tübinger Diss. 1899.
Weismann, Lehrbuch des Zivilprozesses. 1903 u. 1905.
v. Welck, Aufsatz in Gruchots Beiträgen Bd. 36 S. 497.
v. Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung. 7. Aufl. Berlin 1895.
v. Wilmowski-Kurlbaum, Die deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. Berlin 1906.
Wolff, Zwangsversteigerungsgesetz. 3. Aufl. Berlin 1909.
Wyszomirski, Abhandlung in Gruchots Beiträgen Bd. 32 S. 769.

Abkürzungen.

Die vorstehenden Werke und Abhandlungen werden im folgenden in der Regel nur mit dem Namen ihrer Verfasser zitiert werden. Dabei bedeutet **Kirchberger** ohne weiteren Zusatz dessen Dissertation.

Ferner sind folgende Abkürzungen hervorzuheben:

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes, begründet von Gruchot.
JurW. = Juristische Wochenschrift.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts.
N. E. = Entwurf einer Zivilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund.
Puchelt = Zeitschrift für deutsches bürgerliches und französisches Zivilrecht, begründet von Puchelt.
RG. = RGE. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rspr. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Seuff. Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
ZZP. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch.

Paragraphen ohne besondere Bezeichnung bedeuten solche der Zivilprozeßordnung.

Einleitung.

§ 1.

Während die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliche Sachen dadurch bewirkt wird, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt (§ 808), bedarf es zur Zwangsvollstreckung in Forderungen eines Gerichtsbeschlusses. Erst mit der Zustellung dieses Beschlusses an den Drittschuldner ist die Pfändung der Forderung als bewirkt anzusehen (§ 829). Dadurch wird der Zugriff des Gläubigers auf Forderungen seines Schuldners gegenüber dem auf bewegliche Sachen verlangsamt und somit die Gefahr, daß der Schuldner seine Forderungen der Pfändung entziehe, vergrößert. Ihr vorzubeugen, ist der Arrest nicht geeignet; denn auch er erfordert eine gerichtliche Entscheidung (§ 922).[1])

Aus diesem Grunde[1]) hat man nach dem Vorgange des § 1004 des Entwurfs einer Zivilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund[1]) in den 2. Entw. der Zivilprozeßordnung von 1877, der dem Bundesrate vorgelegt wurde, den § 678 eingefügt. Diese Bestimmung findet sich in der Reichstagsvorlage (3. Entw.) in § 691, in der Zivilprozeßordnung von 1877 in § 744 und seit der Novelle von 1898 im § 845.

Sie lautet jetzt:

„Schon vor der Pfändung kann der Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels durch den Gerichtsvollzieher dem Drittschuldner und dem Schuldner die Benachrichtigung, daß die Pfändung bevorstehe, zustellen lassen mit der Aufforderung an den Drittschuldner, nicht an den Schuldner zu zahlen, und mit der Aufforderung an den Schuldner, sich jeder Verfügung über

[1]) vgl. Begr. des Entwurfs S. 435 (Hahn S. 460).

die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten. Der vorherigen Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung und der Zustellung des Schuldtitels bedarf es nicht.

Die Benachrichtigung an den Drittschuldner hat die Wirkung eines Arrestes (§ 930), sofern die Pfändung der Forderung innerhalb drei Wochen bewirkt wird. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Benachrichtigung zugestellt ist."

Man hat diese Maßregel als Pfändungsbenachrichtigung, Pfändungsankündigung, vorläufige Beschlagnahme, Privatarrest, Vorpfändung bezeichnet. Der letzte Name ist der häufigste.

Die Vorpfändung setzt den Gläubiger instand, sobald er nur einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, die zu pfändende Forderung mit Arrest zu belegen, indem er den Schuldner und den Drittschuldner durch einen zuzustellenden Schriftsatz davon benachrichtigt, daß die Pfändung bevorstehe. Die Arrestwirkung ist allerdings davon abhängig, daß die Pfändung selbst der Ankündigung binnen drei Wochen nachfolgt. Wie nun die Vorpfändung überhaupt der Forderungspfändung nachgebildet ist, so sind insbesondere den Schriftsätzen, die dem Schuldner und dem Drittschuldner zugestellt werden, Aufforderungen beizufügen, die dem inhibitorium und arrestatorium des Pfändungsbeschlusses (§ 829 Abs. 1) inhaltlich entsprechen.

I. Das Wesen der Vorpfändung.

§ 2.

1. Zwangsvollstreckungshandlung oder nicht?

I. Diese Frage nach dem rechtlichen Charakter der Vorpfändung ist zu beantworten, wenn man ihr Wesen ergründen will. Die Antwort lautet in Literatur wie Praxis verschieden.

Die Ansicht, daß die Vorpfändung eine Zwangsvollstreckungshandlung sei, wird vertreten von Seuffert,[1]) Wilmowski-

[1]) Anm. 3b zu § 845.

Levy,[2]) Weismann,[3]) Förster-Eccius,[4]) Rothenberg,[5]) ferner Raddatz,[6]) Bartsch,[7]) Kell[8]) und in der Rechtsprechung vom Reichsgericht,[9]) von den Oberlandesgerichten Karlsruhe,[10]) Schwerin,[11]) Posen,[12]) München,[13]) von den Landgerichten Mannheim[14]) und Leipzig.[15])

Dagegen erklären die Vorpfändung nur für eine Vorbereitung der Zwangsvollstreckung: Gaupp-Stein,[16]) Struckmann-Koch,[17]) Petersen-Anger,[18]) Reinecke,[19]) Francke,[20]) Arnold,[21]) Wyszomirski,[22]) Falkmann,[23]) Kirchberger in seiner Dissertation[24]) und neuerdings wieder (gegen Raddatz) in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß[25]) und in der Praxis: das Kammergericht,[26]) die Oberlandesgerichte Celle[27]) und Hamm,[28]) das Landgericht Frankfurt a. O.[29])

---

[2]) Anm. 1 zu § 744 (alt).
[3]) Lehrb. Bd. 2 S. 149.
[4]) Preuß. PrivR. Bd. 1 S. 759 Anm. 3 (§ 111).
[5]) Gruchot Bd. 35 S. 757.
[6]) Gruchot Bd. 37 S. 671 ff.
[7]) S. 11.
[8]) S. 4 ff.
[9]) JurW. 1895 S. 127 = Gruchot Bd. 39 S. 1166.
[10]) Rspr. Bd. 11 S. 185, Bd. 4 S. 272.
[11]) Seuff. Arch. Bd. 41 Nr. 155.
[12]) ZZP. Bd. 13 S. 414.
[13]) Justizd. Rundschau 1905 S. 183.
[14]) ZZP. Bd. 35 S. 463.
[15]) Unveröffentlicht.
[16]) Vorbem. zum 8. Buch VII a.
[17]) Zu § 845 Nr. 2.
[18]) Zu § 845, 1.
[19]) Zu § 845, 1.
[20]) ZZP. Bd. 10 S. 118.
[21]) JurW. 1880 S. 85.
[22]) Gruchot Bd. 32 S. 791.
[23]) Bd. 1 S. 380.
[24]) S. 14 ff.
[25]) Bd. 38 S. 461 ff.
[26]) Rspr. Bd. 15 S. 162.
[27]) ZZP. Bd. 20 S. 176.
[28]) Recht 1904 S. 504 Nr. 2146.
[29]) KGBl. 1903 S. 94.

Der Streit hatte größere praktische Bedeutung als jetzt vor der Zivilprozeßnovelle von 1898. Denn damals knüpfte, wer in der Vorpfändung eine Zwangsvollstreckungshandlung sah, daran die Folgerung, daß die Vorpfändung nur nach vorheriger Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung und nach Zustellung des vollstreckbaren Schuldtitels wirksam erfolgen könne, während die Gegner dies leugneten. Indem die Novelle von 1898 dem Abs. 1 des § 845 den Satz 2 anfügte, beseitigte sie diesen Streitpunkt. Ob sie damit auch den Streit selbst beseitigt hat, wird noch erörtert werden (in diesem Paragraphen unter III C S. 10 ff.). Jedenfalls entbehrt die Frage auch jetzt noch nicht des praktischen Interesses (vgl. unten § 3 S. 12 ff.).

II. Zwei Tatsachen weisen augenfällig darauf hin, daß die Vorpfändung zur Zwangsvollstreckung gehöre. Einmal ihre Stellung im 8. Buche der Zivilprozeßordnung. Dieses Merkmal ist allerdings nicht ausschlaggebend; denn es ist äußerlicher Natur, und überdies enthält das 8. Buch der Zivilprozeßordnung auch Bestimmungen, die, wie die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung und die Zustellung des Vollstreckungstitels, zweifellos bloße Vorbereitungsakte der Zwangsvollstreckung darstellen.

Der andere Umstand ist die Wirkung, die das Gesetz der Vorpfändung beilegt, nämlich die eines Arrestpfandrechtes (§ 845 Abs. 2). Die Vorpfändung dient also der zwangsweisen Sicherung eines durch Vollstreckungstitel festgestellten Anspruches, d. h. sie hat Zwangsvollstreckungswirkung,[30]) und diese Tatsache müßte genügen, um der Vorpfändung den Charakter einer Vollstreckungsmaßregel zu geben, wenn nicht gewichtige Gründe dagegen sprechen. Der Umstand, daß die Wirkung der Vorpfändung nur eine bedingte[31]) oder vorläufige ist und erst durch die nachfolgende Pfändung zur unbedingten, definitiven wird, ändert nichts daran, daß diese Wirkung doch eine Vollstreckungswirkung ist, bildet also kein Argument gegen die Auffassung der Vorpfändung als einer Zwangsvollstreckungshandlung.

III. Die Gegner der Theorie, daß die Vorpfändung eine Zwangsvollstreckungshandlung sei, — wir nennen diese Theorie im fol-

[30]) vgl. Linckelmann in JW. Bd. 20 S. 177; Kell S. 14 ff.
[31]) KG. s. Anm. 26.

genden der Kürze halber „Vollstreckungstheorie" — bringen dreierlei Gründe für ihre Ansicht vor. Sie behaupten, die Vorpfändung könne nicht zur Zwangsvollstreckung gehören; denn

1. erfolge die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen durch Pfändung, die Vorpfändung aber liege zeitlich noch vor der Pfändung;[32])

2. sei es nach geltendem Rechte das Essentiale einer Zwangsvollstreckungshandlung, daß ein zur Ausübung der staatlichen Zwangsgewalt berufenes Organ als solches tätig werde, entweder das Gericht oder der Gerichtsvollzieher,[33]) die Vorpfändung aber sei ein rein privater, ein Parteiformalakt[34]) des benachrichtigten Gläubigers;

3. die Zwangsvollstreckung erfolge auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung (§ 724) und dürfe nur beginnen, wenn der Vollstreckungstitel bereits zugestellt sei oder gleichzeitig zugestellt werde; von beiden Voraussetzungen aber sei die Vorpfändung befreit.[35]) Dieser Grund berührt sich mit einem weiteren, der aus der Entstehungsgeschichte des § 845 entnommen wird.[36]) Merkwürdigerweise berufen sich aber die Vertreter der Vollstreckungstheorie ebenfalls auf diese Entstehungsgeschichte.[37])

A (zu 1). Im § 803 heißt es: „Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen erfolgt durch Pfändung". Damit wird das wichtigste und das normale Mittel dieser Zwangsvollstreckungsart bezeichnet. Aber durchaus nicht werden damit Zwangsvollstreckung und Pfändung identifiziert. Denn es gibt unstreitig Maßregeln, die zur Zwangsvollstreckung gehören und zum Teil vor der Pfändung liegen, jedenfalls aber keine Pfändung sind. Als Beispiel für solche vor der Pfändung liegende Vollstreckungshandlungen seien die Maßnahmen des Gerichtsvollziehers erwähnt,

---

[32]) vgl. KGRspr. Bd. 15 S. 162; and. Ans. Raddatz bei Gruchot Bd. 37 S. 674, 675; vgl. unten unter A.

[33]) vgl. Kirchberger in ZZP Bd. 38 S. 363; and. Ans. Raddatz bei Gruchot Bd. 37 S. 677; vgl. unten unter B S. 6.

[34]) Schmidt, Lehrb. 1. Aufl. S. 617.

[35]) Kirchberger in ZZP. Bd. 38 S. 462.

[36]) Gaupp-Stein Vorbem. zum 8. Buch VII a; Kirchberger S. 15.

[37]) Kell S. 14; s. unten unter C S. 10.

die dieser nach § 758 vorzunehmen befugt ist: das Durchsuchen der Wohnung und der Behältnisse des Schuldners. Diese Handlungen sind zweifellos Zwangsvollstreckungshandlungen und sind der Zwangsvollstreckung auch dann zuzurechnen, wenn es zu einer Pfändung nicht kommt.[38]) Als weitere Maßregeln der Zwangsvollstreckung, die aber keine Pfändungen sind, seien erwähnt: die Abnahme des Offenbarungseides (§ 807) und die Anordnung der Haft zur Erzwingung der Eidesleistung (§ 901).[38])

Es darf somit als erwiesen betrachtet werden, daß eine Handlung, die wie auch die Vorpfändung keine Pfändung ist, sondern noch vor der Pfändung liegt, dennoch Zwangsvollstreckungshandlung sein kann. Das Kammergericht[39]) hat diese von Raddatz[40]) angezogenen Gründe nicht verkannt, behauptet aber, Raddatz übersehe, daß alle die hier erwähnten Handlungen erst dadurch zu Vollstreckungshandlungen würden, daß sie vom Gericht oder vom Gerichtsvollzieher vorgenommen würden. Dieses Kennzeichen aber fehle gerade bei der Vorpfändung. Dies führt uns zum zweiten Grunde der Gegner der Vollstreckungstheorie.

B (zu 2). Zwangsvollstreckung ist die Tätigkeit staatlicher Organe, die die zwangsweise Verwirklichung eines in einem Vollstreckungstitel anerkannten Anspruches bezweckt.[40a]) Über diese Definition der Zwangsvollstreckung herrscht im wesentlichen kein Streit. Insbesondere wird die Mitwirkung von Organen der staatlichen Zwangsgewalt bei der Zwangsvollstreckung mit Recht für prinzipiell erforderlich erachtet.[41]) Fraglich ist aber, ob eine solche Mitwirkung nicht ausnahmsweise bei einzelnen Vollstreckungsmaßregeln wegfällt, oder ob es das Essentiale einer jeden Zwangsvollstreckungshandlung ist, daß ein zur Ausübung der staatlichen Zwangsgewalt berufenes Organ als solches tätig wird.[42]) Ist die erstere Ansicht richtig, so müßte die obige Definition der

---

[38]) Raddatz a. a. O.; Kell S. 6.

[39]) vgl. oben Anm. 32.

[40]) vgl. Anm. 38.

[40a]) vgl. Gaupp-Stein Bd. 2 S. 350; Müller, Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts S. 10.

[41]) Kell S. 14.

[42]) Kirchberger in ZZP. Bd. 38 S. 463.

Zwangsvollstreckung allerdings modifiziert werden,[43]) ist es aber die letztere, so könnte die Vorpfändung natürlich keine Vollstreckungsmaßregel sein. Diese letztere Ansicht kann nun nicht etwa auf § 753 Abs. 1 gestützt werden. Es heißt zwar dort: „Die Zwangsvollstreckung erfolgt, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch Gerichtsvollzieher". Daß aber damit nicht die beiden einzigen Organe der Zwangsvollstreckung genannt sind, ergibt sich daraus, daß in den Fällen des § 790 als solches die Militärbehörde fungiert. Bei der Vorpfändung wirkt nun aber überhaupt kein staatliches Organ mit. Der Gerichtsvollzieher[44]) insbesondere tritt bei ihr nicht als Vollstreckungsorgan, sondern nur als Zustellungsperson auf, der die Willenserklärung des Gläubigers dem Schuldner und Drittschuldner übermittelt, selbst aber nichts erklärt. Das ergibt sich aus dem Wortlaute des § 845 und aus einem Vergleich mit § 829. Auch dort nämlich stellt der Gerichtsvollzieher den Pfändungsbeschluß des Gerichtes zu, wie hier die Benachrichtigung des Gläubigers; aber auch dort ist er nicht Vollstreckungsorgan, das ist vielmehr das Gericht (§ 828), sondern Zustellungsorgan. Es ist daher nicht richtig, wenn Direktor v. Amsberg in der Kommission 1. Lesung geäußert hat, der Gerichtsvollzieher dürfe bei der Vorpfändung vorläufig auf die Forderung Beschlag legen,[45]) und es ist ebenso irrig, wenn die Motive[46]) von der „vorläufigen Beschlagnahme einer Forderung durch den Gerichtsvollzieher" sprechen. Die hier vorgetragene Lehre ist jetzt die herrschende.[47]) Sonach ist die Vorpfändung in der Tat ein privater Akt des Gläubigers. Dennoch wird behauptet,[48]) daß

---

[43]) vgl. unten S. 9.

[44]) des Vollstreckungsgerichtes (§ 828).

[45]) Hahn S. 851.

[46]) Zu § 691 des 3. Entw S. 1435; Hahn S. 460.

[47]) Dem Gerichtsvollzieher liegt daher auch weder die Pflicht noch das Recht ob, zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Vorpfändung gegeben sind. Er darf den Zustellungsauftrag nicht ablehnen. Beschwerde über sein Verhalten kann nicht nach § 766, sondern muß als Dienstbeschwerde geführt werden. Vgl. Gaupp-Stein zu § 845 Bem. I, 4 (Bd. 2 S. 642 Note 18, 19). Ebenso preuß. GeschAnw. f. Gerichtsvollz. § 78; JustizminBl. 1899 S. 672; and. Ans. RG. in JurW. 1895 S. 127 Nr. 5; Kohler in Holtzendorffs Enzykl. Bd. 2 S. 172.

[48]) Förster-Eccius Bd. 1 S. 759 (§ 111); Raddatz a. a. O.

sie eine Vollstreckungsmaßregel sei, nämlich eine solche, die in die Hand des Gläubigers gelegt sei. Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich auf zwei andere Fälle, wo dies auch der Fall sein solle. Diese beiden Fälle sind angeblich: die Vollstreckung nach § 887 und die Eintragung der Zwangshypothek nach §§ 866, 867.

a) Nach § 887 kann das Prozeßgericht erster Instanz den Gläubiger ermächtigen, auf Kosten des Schuldners Handlungen vornehmen zu lassen, zu deren Vornahme dieser verurteilt ist. Die Zwangshandlung selbst übt also der Gläubiger aus.[49]) Kirchberger[50]) behauptet demgegenüber, das Prozeßgericht werde hier immerhin als das zur Ausübung der staatlichen Zwangsgewalt berufene Organ tätig. Zur Ausübung von Zwangsgewalt ist es aber hier gerade nicht berufen. Allerdings ist die Mitwirkung des Staates nicht gänzlich ausgeschaltet; denn das Gericht prüft, wie Kirchberger weiter hervorhebt, die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung und übernimmt hierfür die Verantwortung. Derartiges fehlt bei der Vorpfändung.[51]) Auf diesen Punkt werden wir unten noch zurückkommen.[52]) Das Wesentliche für unsere Betrachtung bleibt, daß im Falle des § 887 der Gläubiger selbst Vollstreckungsorgan ist.

b) Die Eintragung der Sicherungshypothek nach §§ 866, 867 erfolgt ohne Mitwirkung des Vollstreckungsgerichtes auf Antrag des Gläubigers durch das Grundbuchamt. Diese Eintragung ist nach herrschender und richtiger Lehre[53]) sowohl eine Maßregel der Zwangsvollstreckung als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nichtsdestoweniger[54]) wird der Grundbuchbeamte nur als solcher, nicht als Vollstreckungsorgan tätig. Das Gesetz hätte ja auch die Eintragung auf ein Ersuchen des Vollstreckungsgerichtes hin erfolgen lassen können, wie dies im ZVG. § 19 geregelt ist. Indem

---

[49]) vgl. v. Welck bei Gruchot Bd. 36 S. 507.

[50]) JW. Bd. 39 S. 464.

[51]) Förster-Eccius (a. a. O. Anm. 3) findet daher in § 747 (alt) eine vom Gesetz in die Hand des Gläubigers gelegte Ermächtigung, eine Vollstreckungshandlung vorzunehmen.

[52]) S. 9 u. 10.

[53]) Güthe Bd. 1 S. 397; and. Ans. Dernburg, Sachenrecht S. 712.

[54]) And. Ans. Kirchberger in JW. Bd. 38 S. 463 Note 8.

es aber den Gläubiger mit seinem Antrage direkt an das Grundbuchamt weist, drückt es aus, daß die staatlichen Vollstreckungsorgane ausgeschieden werden sollen und das Grundbuchamt lediglich als solches fungieren soll.[55]) Belanglos ist, daß der Grundbuchbeamte auch die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung prüft; denn er hat bei jeder Eintragung von Amts wegen zu prüfen, ob diejenigen Tatsachen vorliegen, von deren Existenz die Gültigkeit der Eintragung abhängt.[56])

Sonach kann auch hier nur der Gläubiger als Organ der Zwangsvollstreckung betrachtet werden.

Da wir also (unter a und b) konstatiert haben, daß der Gläubiger Vollstreckungsorgan sein kann, so dürfen wir auch nicht den Charakter der Vorpfändung als einer Vollstreckungshandlung leugnen, weil bei ihr kein staatliches Organ mitwirkt.[57]) Man wendet ein, daß durch diese Feststellung das System der Zivilprozeßordnung durchbrochen, die oben (S. 6 f.) gegebene Definition der Zwangsvollstreckung umgestoßen werde.[58]) Unseres Erachtens wird sie nur modifiziert; denn es genügt vollauf, um den staatlichen Charakter unseres Vollstreckungsrechtes zu wahren, wenn der Gläubiger für seinen Anspruch ohne Mithilfe des Staates keine Sicherung oder Befriedigung erlangen kann. Und der Staat wirkt mit: bei der Vollstreckung nach § 887, indem er ermächtigt[59]); — bei derjenigen nach § 867, indem durch die grundbuchrechtliche Gesetzgebung schon dafür gesorgt ist, daß die Zwangshypothek

---

[55]) Güthe a. a. O.; Predari S. 355; Oberneck Bd. 1 S. 990; Weißmann Bd. 2 S. 187; RGE. Bd. 48 S. 242; KG. Rspr. Bd. 11 S. 101. And. Ans. Turnau-Förster Bd. 1 S. 1035; Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S 631.

[56]) Oberneck Bd. 1 S. 990. Eine Konsequenz der hier vertretenen Auffassung ist, daß gegen die Ablehnung der Eintragung die Beschwerde aus § 71 GBO., nicht die sofortige Beschwerde aus § 793 ZPO. zulässig ist. Hierin stimmen aber — kaum folgerichtig — selbst die Gegner bei. Vgl. Güthe Bd. 2 S. 1003 zu § 71 Bem. 14 und andererseits Turnau-Förster Bd. 2 S. 419; Fuchs a. a. O.

[57]) Das KG. (Rspr. Bd. 15 S. 162) tut dies doch mit der Begründung, daß es im Gesetz immer ausdrücklich bezeichnet sei, wenn die Zwangsvollstreckung in die Hand des Gläubigers gelegt werde. Das ist aber bei der Vorpfändung ebensosehr und ebensowenig der Fall wie bei den unter a und b aufgeführten Fällen.

[58]) Kirchberger in ZZP. a. a. O.

[59]) vgl. oben S. 8 Anm. 52.

nicht ohne Mitwirkung und Prüfung des staatlichen Grundbuchamtes zur Entstehung gelangen kann; — endlich auch bei der Vorpfändung, indem ihre Wirksamkeit bedingt ist durch das rechtzeitige Hinzutreten gerichtlicher Pfändung. Ohne Verbindung mit diesem staatlichen Akt gewährt sie dem verpfändeten Gläubiger keine Sicherung und keine Befriedigungsmöglichkeit. Also ist zwangsweise Befriedigung oder Sicherung eines Anspruches ohne Mitwirkung des Staates nicht möglich, wohl aber kann eine einzelne Vollstreckungsmaßregel vom Gläubiger ausgehen, ohne daß eine Mitwirkung des Staates stattfände.[60])

C. (zu 3). Als drittes Argument führen die Gegner der Vollstreckungstheorie die Entstehungsgeschichte des § 845 an. Durch die Novelle von 1898, die dem § 845 den 2. Satz des Abs. 1 hinzufügte, die Vorpfändung also von den Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung nach §§ 724 u. 750 befreite, soll außer Zweifel gestellt sein, daß die Vorpfändung nicht zur Zwangsvollstreckung gehöre.[61]) In der Begründung zu dieser Vorschrift der Novelle heißt es[62]): „Der wesentliche praktische Wert der in § 744 (alt) zugelassenen sogen. Vorpfändung bestehe darin, daß dieselbe sofort nach Verkündung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils erfolgen könne. Jahrelang habe man in der Praxis keine Bedenken getragen, vor Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung und vor Zustellung des Schuldtitels die Benachrichtigung zu erlassen. Erst allmählich habe sich die Auffassung Bahn gebrochen, daß die Vorpfändung nicht eine bloße Vorbereitung der Zwangsvollstreckung, sondern eine Zwangsvollstreckungsmaßregel sei und daher die vorgängige Zustellung des Schuldtitels voraussetze. Diese vom Reichsgericht gebilligte Auffassung (JurW. 1895 S. 127) entziehe der Vorpfändung den erheblichsten Teil ihres praktischen Wertes, und daher empfehle sich die Einführung einer ausdrücklichen Bestimmung, daß es der vorgängigen Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung und der Zustellung des Schuldtitels nicht bedürfe. Kirchberger[63]) folgert aus dieser Begründung, daß die Ein-

[60]) vgl. Kell S. 17.

[61]) Gaupp-Stein s. oben Note 36.

[62]) Hahn-Mugdan Bd. 8 S. 416.

[63]) Diss. S. 15; JW. Bd. 38 S. 463; ebenso Gaupp-Stein a. a. O.

fügung des 2. Satzes zu § 845 Abs. 1 in bewußtem Gegensatze zu der Auffassung geschehen sei, die die Vorpfändung als eine Zwangsvollstreckungshandlung betrachte. Kell[64]) hingegen findet, man habe die Auffassung der Praxis geteilt, daß die Vorpfändung Zwangsvollstreckungsmaßregel sei und demgemäß die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung und die Zustellung des Vollstreckungstitels voraussetze, habe sie aber von diesen beiden Voraussetzungen ausnahmsweise befreien wollen, um ihr den praktischen Wert zu erhalten. Unseres Erachtens nimmt die Begründung zu der Frage nach der Rechtsnatur der Vorpfändung überhaupt nicht Stellung, sondern fügt den neuen Satz ein, um seinen Inhalt auch gegenüber der Auffassung des Reichsgerichts sicherzustellen, die sie aber weder billigt noch verwirft. Für Kells Ansicht spricht, daß die Motive[62]) jene Neueinfügung weiterhin mit der Bezugnahme auf § 929 Abs. 3 (alt: § 809 Abs. 3) rechtfertigen, nach welcher Bestimmung die Vollziehung des Arrestes vor der Zustellung des Arrestbefehles zulässig ist. Daß die Arrestvollziehung aber zur Zwangsvollstreckung gehört, ist unbestritten.

Die Motive können aber zur Auslegung des Gesetzes nur insoweit verwendet werden, als sie in diesem zum Ausdruck gekommen sind. Aus dem Gesetze selbst ist aber nur ersichtlich, daß die Vorpfändung nunmehr von den Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung nach §§ 724 u. 750 befreit ist. Die Gegner der Vollstreckungstheorie finden darin einen wichtigen Grund ihrer Anschauung.[65]) Die Zivilprozeßordnung kennt aber eine Befreiung von den bezeichneten Voraussetzungen noch an zwei Stellen, nämlich in §§ 796 u. 929 Abs. 1 u. 3. Es kann freilich nicht verkannt werden, daß zwischen diesen Bestimmungen und dem § 845 ein Unterschied besteht. Dort tritt die Befreiung ein bei Zwangsvollsteckungsmaßregeln jeder Art, wenn sie erfolgen auf Grund bestimmter Titel (Vollstreckungs- und Arrestbefehl), hier bei einer bestimmten Zwangsvollstreckungsmaßregel, auf Grund welchen Titels sie auch immer erfolge. Daß man dort den Vollstreckungs-

[64]) S. 14.
[65]) Kirchberger in ZZP. Bd. 38 S. 462.

maßnahmen diesen Charakter nicht bestreiten kann, weil sie auf Grund besonderer Vollstreckungstitel erfolgen und darum gewisser Voraussetzungen nicht bedürfen, ist selbstverständlich. So selbstverständlich ist dieses Urteil hier nicht. Aber immerhin zeigen diese beiden angeführten Bestimmungen, daß die Möglichkeit des Fehlens der vorherigen Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung und der Zustellung des Titels einer Zwangsvollstreckungsmaßregel ihren Charakter nicht nimmt, sofern diese Möglichkeit im Gesetze ausdrücklich gewährt worden ist.

M. E. ist keine der von den Gegnern der Vollstreckungstheorie angeführten Gründe (1—3, A—C) so gewichtig, daß man die Vorpfändung nicht als Zwangsvollstreckungshandlung ansehen dürfte, da sie ja auf Grund eines Vollstreckungstitels ergeht und Vollstreckungswirkung hat.[66]) Vielmehr ist die Vorpfändung als Zwangsvollstreckungsmaßregel, als Beginn der Zwangsvollstreckung anzusehen.

§ 3.

2. Schlußfolgerungen.

I. Die Konsequenzen dieser Auffassung vom Wesen der Vorpfändung sind zunächst zu ziehen bei der Betrachtung der Angriffsmittel gegen eine unwirksame Vorpfändung.

a) Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, die die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betreffen, werden nach § 766 ZPO. bei dem Vollstreckungsgericht angebracht. Diese Einwendungen sind auch gegenüber der Vorpfändung zulässig,[1]) da diese zur Zwangsvollstreckung gehört. Die Gegner der Vollstreckungstheorie müssen die Anwendbarkeit des § 766 leugnen.[2]) Vollstreckungsgericht ist wie bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte überhaupt das nach § 828 zuständige Amtsgericht, also in der Regel dasjenige, bei dem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

---

[66]) vgl. oben S. 4.

[1]) Anders bezüglich des Gerichtsvollziehers, vgl. oben S. 7 Anm. 47.

[2]) vgl. Falkmann Bd. 1 S. 380 und die auf S. 3 Angeführten.

b) Nach § 771 ZPO. macht ein Dritter Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage geltend, wenn er behauptet, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe. Daß diese Bestimmung auch dann Anwendung findet, wenn Gegenstand der Vollstreckung eine Forderung ist, ist jetzt herrschende Lehre.[3]) Der Dritte, der behauptet, nicht der Schuldner, sondern er sei Gläubiger der gepfändeten Forderung, kann die Widerspruchsklage erheben. Da nach der hier vertretenen Auffassung die Forderung schon durch die Vorpfändung zum Gegenstande einer Zwangsvollstreckungshandlung wird, so ist die Widerspruchsklage auch ihr gegenüber zulässig.[4]) Die Gegner der Vollstreckungstheorie müssen sie folgerichtig versagen.[5]) Es ist meines Erachtens nicht folgerichtig, wenn Gaupp-Stein, obwohl er zu diesen Gegnern gehört,[6]) dennoch die Klage gewährt, weil schon mit der Vorpfändung die bedingte Arrestwirkung beginne;[7]) das bedeutet aber gerade, daß die Forderung durch die Vorpfändung schon Gegenstand der Zwangsvollstreckung wird; die Vorpfändung muß daher eben selbst Vollstreckung sein.

Kirchberger behauptet in seiner Dissertation,[8]) daß § 771 nicht anwendbar sei und ein Bedürfnis für seine Anwendung auch nicht vorliege, weil der Dritte Leistungsklage gegen den Drittschuldner erheben könne. Dieser Umstand trifft aber ebenso bei der Pfändung von Forderungen selbst zu. Das Gesetz gewährt eben beide Mittel.[9]) In seinem Aufsatz in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß hält Kirchberger diesen Einwand anscheinend auch nicht mehr aufrecht, sondern verweist den Dritten auf die negative Feststellungsklage.[10]) Dagegen sucht er seine An-

---

[3]) vgl. Gaupp-Stein zu § 771 Bem. II, 1a (Bd. 2 S. 493).

[4]) vgl. LG. Mannheim in ZZP. Bd. 35 S. 463; OLG. Karlsruhe in Rspr. Bd. 11 S. 185.

[5]) So auch z. B. KG. Rspr. Bd. 15 S. 162.

[6]) vgl. oben S. 3 Anm. 16.

[7]) Zu § 771 Bem. II, 2 (Bd. 2 S. 495).

[8]) S. 76.

[9]) vgl. Gaupp-Stein zu § 771 Bem. VII, 2 (Bd. 2 S. 500).

[10]) S. 408.

sicht ebenda[11]) auf die ratio legis zu stützen, indem er den Grund der Einfügung der §§ 766, 771 darin findet, daß ein staatlicher Zwang zuungunsten des Schuldners in Erscheinung getreten sei. Es ist aber meines Erachtens unerfindlich, warum nicht auch ein privater Zwang diese Einfügung zur Genüge rechtfertigen könnte. In demselben Aufsatze[12]) kritisiert Kirchberger von seinem dargelegten Standpunkt aus einen von ihm mitgeteilten Beschluß des Landgerichts Leipzig v. 29. 11. 1907. In diesem Beschluß wird die Vorpfändung als „ein Akt prozessualer Zwangsgewalt" bezeichnet und „nach Analogie der gerichtlichen Vollstreckungshandlungen den allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung unterstellt", auch der des § 771. Das Gericht faßt also offenbar die Vorpfändung, wie es auch in dieser Darstellung geschieht, als Zwangsvollstreckungsmaßregel auf, nur eben als eine private. Es ist meines Erachtens bei dieser Auffassung die Zuhilfenahme der Analogie entbehrlich, wenn man die allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung auf die Vorpfändung anwenden will, soweit diese Vorschriften nicht nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes nur für gerichtliche Vollstreckungshandlungen Geltung haben sollen. § 771 aber spricht ganz allgemein vom Gegenstand der Zwangsvollstreckung", nicht von der „gerichtlichen" Zwangsvollstreckung.

Zuständig für die Widerspruchsklage ist das Gericht, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt (§ 771). Das ist bei der gerichtlichen Forderungspfändung gemäß § 828 in der Regel das Gericht, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (event. das für Klagen aus § 23 zuständige). Da die private Vorpfändung gleichfalls Forderungen zum Gegenstand hat und der gerichtlichen Forderungspfändung nachgebildet ist, so ist § 828 analog anzuwenden. Das für § 771 zuständige Gericht bestimmt sich also gleichfalls nach § 828: Es ist das Gericht, in dessen Bezirk zur Zeit der Zustellung der Benachrichtigung an den Drittschuldner der Schuldner, nicht etwa der Drittschuldner, wohnt.[13])

[11]) S. 467.

[12]) S. 465.

[13]) Ebenso LG. Mannheim in ZZP. Bd. 35 S. 464; and. Ans. v. Harder ebenda S. 466.

c) Die Anwendbarkeit von § 767 wird auch von den Gegnern nicht geleugnet, da diese Klage den Beginn der Zwangsvollstreckung nicht voraussetzt.[14])

II. Als Zwangsvollstreckungshandlung ist die Vorpfändung Feriensache (§ 204 GVG.). Der Lauf der Frist des § 845 Abs. 2 wird also durch die Gerichtsferien nicht gehemmt (§ 223 Abs. 1, 2 ZPO.).

Die Entscheidung über die Kosten der Vorpfändung ist nach § 788 zu treffen, ebenfalls weil die Vorpfändung zur Vollstreckung gehört. Beides wird auch von den Gegnern nicht bestritten, da beide Bestimmungen auch auf Vorbereitungshandlungen der Zwangsvollstreckung Anwendung finden.[15])

Die Frage nach der Notwendigkeit der Kosten ist nach dem Zeitpunkt des Erlasses der Vorpfändung zu beurteilen. Die Kosten fallen daher dem Schuldner auch dann zur Last, wenn er nach Bewirkung der Vorpfändung den Gläubiger befriedigt und dieser deshalb die Pfändung unterläßt. Versäumt dagegen der Gläubiger nur die rechtzeitige Nachpfändung, so war die Vorpfändung nicht notwendig und ihre Kosten fallen ihm zur Last.[16])

III. Von den auf die Zwangsvollstreckung bezüglichen Bestimmungen des Strafgesetzbuches kann § 288 wohl Anwendung finden, wenn schon eine Vorpfändung vorliegt. Zwar spricht dieser Paragraph von einer „drohenden" Zwangsvollstreckung. Aber im Sinne dieser Vorschrift wird man eine Zwangsvollstreckungsmaßregel, die wie die Vorpfändung nur der Sicherung, nicht der Befriedigung des Gläubigers dient, noch als zum Stadium der erst drohenden Zwangsvollstreckung gehörig betrachten müssen. Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht sogar bezüglich der gerichtlichen Arrestpfändung ausgesprochen.[17])

---

[14]) Petersen-Anger Bem. 1 zu § 845 (Bd. 2 S. 526).

[15]) Gaupp-Stein Bem. I, 5 zu § 845 (Bd. 2 S. 642).

[16]) RG. in JurW. 1898 S. 644 Nr. 15. Vorpfändung und Pfändung bilden, wenn diese rechtzeitig nachfolgt, eine Instanz im Sinne des § 31 GebO. f. RA.; OLG. Marienwerder in ZZP. Bd. 32 S. 428; and. Ans. LG. Dresden in ZZP. Bd. 24 S. 267.

[17]) Entsch. in Strafs. Bd. 15 S. 115.

§ 137 StGB. dagegen kann nicht in Frage kommen, da er sich auf die Pfändung von Forderungen nicht bezieht.[18])

§ 4.

II. Die Voraussetzungen der Vorpfändung.

Das Gesetz nennt von den Voraussetzungen der Vorpfändung nur eine, nämlich den vollstreckbaren Schuldtitel. Die ausdrückliche Bezeichnung dieser Voraussetzung fehlt noch in den Entwürfen und ist erst in der Kommission (1. Lesung) auf einen Antrag Struckmann hin eingefügt worden. Direktor v. Amsberg hat in der Kommission diese Voraussetzung der Vorpfändung als selbstverständlich bezeichnet, weil es sich in diesem Buche der Zivilprozeßordnung nur um Zwangsvollstreckung handele.[1]) Da wir von der gleichen Auffassung ausgehen, müssen wir außerdem noch das Vorhandensein sämtlicher Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung für die Vorpfändung erfordern, ausgenommen allein die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung und die Zustellung des Vollstreckungstitels,[2]) da diese Ausnahmen durch positive Gesetzesbestimmung festgestellt sind.[3])

1. Es genügt jeder Vollstreckungstitel, vor allem auch das für vorläufig vollstreckbar erklärte Endurteil (§ 704). Sobald ein solches verkündet ist, kann die Vorpfändung erlassen werden. Weiter sei auf die Titel nach § 794 und auf den Arrestbefehl verwiesen. Auf dessen Vollziehung finden nach § 928 die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung, somit auch die des § 845. Dieser Punkt war früher bestritten.[4]) Ist die Geltendmachung des Anspruches von dem Eintritt eines Kalendertages abhängig, oder hängt die Vollstreckung des Titels von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung (§ 751) oder von einer Bedingung (§ 726) ab, so darf die Vorpfändung

---

[18]) vgl. Beschl. der verein. Strafsenate des RG. v. 8. 3. 1893 Bd. 24 S. 40 d. Entsch. in Straff.

[1]) Hahn S. 851.

[2]) Ungenau sagt das Gesetz: „Schuldtitels".

[3]) Ebenso Weismann Bd. 2 S. 150.

[4]) vgl. die älteren Auflagen der Kommentare.

erst erlassen werden, wenn der Tag eingetreten, die Sicherheit geleistet, die Bedingung erfüllt ist.

Ebenso müssen die Voraussetzungen der §§ 756 u. 765 eingetreten sein. Dies folgt unmittelbar daraus, daß die Vorpfändung zur Zwangsvollstreckung gehört.[5]) Doch werden auch die Gegner dieser Ansicht diese Frage ebenso entscheiden müssen,[6]) da § 845 einen Schuldtitel meint, dessen Vollstreckbarkeit zur Zeit der Vorpfändung nicht gehemmt ist. Eines Nachweises des Eintrittes dieser Voraussetzungen bedarf es dagegen überall nicht; denn der Gerichtsvollzieher hat das Vorhandensein der Voraussetzungen nicht zu prüfen.[7]) Ganz ebenso verhält es sich mit Urteilen ausländischer Gerichte: erst auf Grund eines nach § 722 erlassenen Vollstreckungsurteils kann die Vorpfändung ergehen.

2. Da die Zustellung des Vollstreckungstitels nach dem § 845 keine Voraussetzung der Vorpfändung ist, so kann auch nicht die vorgängige oder gleichzeitige Zustellung einer Abschrift der in §§ 750 Abs. 2 u. 751 Abs. 2 genannten Urkunden gefordert werden, von der diese Vorschriften den Beginn der Zwangsvollstreckung abhängig machen; denn diese Vorschriften stellen ein Minus gegenüber der des § 750 Abs. 1 dar.[8])

3. Die Pfändungsankündigung muß dieselbe Forderung ergreifen wie die Pfändung. Daher muß der Drittschuldner, dem der Pfändungsbeschluß zugestellt wird, schon Drittschuldner sein,[9]) wenn ihm die Pfändungsankündigung zugestellt wird.

Da die Vorpfändung an der Forderung ein Pfandrecht begründen soll, muß diese schon zur Zeit der Vorpfändung pfändbar sein (vgl. § 850).

4. Das Fehlen einer der unter 1 u. 3 aufgeführten Voraus-

---

[5]) Seuffert § 845 Bem. 2a (Bd. 2 S. 547).

[6]) vgl. Kirchberger, Diss. S. 9 Anm. 1.

[7]) vgl. oben S. 7 Anm. 47; ebenso OLG. Breslau v. 6. 10. 1903, Recht 1903 S. 506 Nr. 2575.

[8]) KG. Rspr. Bd. 15 S. 3; Breslau wie Anm. 7.

[9]) Gaupp-Stein § 845 Bem. I, 2 (Bd. 2 S. 64). Insoweit eine Pfändung zukünftiger Forderungen zulässig ist, ist es auch die Vorpfändung. Vgl. hierüber Gaupp-Stein § 829 Bem. I, 1a.

setzungen macht die Vorpfändung nichtig und unbeachtlich,[10]) ebenso wie eine andere Zwangsvollstreckungshandlung beim Fehlen solcher Voraussetzungen nichtig wäre. Ein Verstoß gegen § 850 dürfte allerdings nur Anfechtbarkeit, nicht Nichtigkeit zur Folge haben.[11])

Die wegen der bezeichneten Mängel unwirksame Vorpfändung kann nach § 766 angefochten werden. Wenn die Vorpfändung nichtig oder — falls anfechtbar — angefochten ist, so begründet die Pfändung ein Pfandrecht erst mit dem Zeitpunkt, in dem sie selbst erfolgt.

Entsteht dem Schuldner durch eine Vorpfändung, die infolge eines Verschuldens des Gläubigers unwirksam ist, ein Schaden, so kann er von diesem Ersatz verlangen.[12]) Zu verneinen ist die Möglichkeit, daß die unwirksame Vorpfändung lediglich durch die Tatsache konvaleszieren könne, daß zur Zeit der gerichtlichen Pfändung die Voraussetzungen eingetreten sind, die bei der Zustellung der Benachrichtigung noch fehlten.[13]) Denn beide Akte stehen in Verbindung nur durch ihre Wirkung. Im übrigen sind sie selbständige Prozeßhandlungen, deren jede mangels entgegenstehender Vorschrift zu ihrer Gültigkeit das Vorhandensein ihrer Voraussetzungen besonders erfordert.

§ 5.

III. Die Zustellung des Benachrichtigungsschriftsatzes.

Die Aufforderungen, die mit der Benachrichtigung an den Drittschuldner und an den Schuldner zu verbinden sind, sind obligatorisch. Sie können nicht nachgeholt werden. Ihr Fehlen macht die Benachrichtigung nichtig.[1]) Das folgt sowohl aus dem

[10]) Kell S. 23 Note 2.

[11]) vgl. Müller, Wirk. d. Pfändungspfandr. S. 76 Note 14.

[12]) OLG. Colmar in DJZ. Bd. 10 Sp. 1016.

[13]) RG. v. 25. 6. 1893; Seuff. Arch. Bd. 48 S. 165; v. 9. 11. 1893; Entsch. Bd. 32 S. 43; and. Ans. LG. Frankfurt a. O. v. 21. 7. 1903 (KGBl. Bd. 14 S. 94); Wilmowski-Levy zu § 845, 1.

[1]) Stein Bd. 2 S. 641 zu § 845 Bem. 1, 3; RG. in Seuff. Arch. Bd. 49 Nr. 222.

Wortlaut des § 845 Abs. 1 als auch vor allem aus dem Zweck der Ankündigungen, die auch den nicht Rechtsverständigen über die Bedeutung der Vorpfändung aufklären sollen. Die Aufforderungen können nicht nach § 763 mündlich vom Gerichtsvollzieher erlassen werden, denn der § 763 ist, wie sein Wortlaut ergibt, nur dann anwendbar, wenn der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsbeamter handelt. Hier aber tritt er als Zustellungsbeamter auf.[2])

Die Benachrichtigung muß die zu pfändende Forderung und den Vollstreckungstitel[3]) genau bezeichnen. Ungenauigkeiten sind dann unschädlich, wenn sie über die Identität von beiden keinen Zweifel aufkommen lassen.[4]) Andernfalls aber ist die Verpfändung ohne Wirkung.

Die Benachrichtigung an den Schuldner unterbleibt, wenn eine öffentliche Zustellung erforderlich wird, und erfolgt durch Aufgabe zur Post an Stelle einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung. Beides folgt aus analoger Anwendung des § 829 Abs. 2.[5]) Die Zustellung an den Schuldner ist aber überhaupt entbehrlich. Denn der Abs. 2 des § 845 knüpft die Wirkung der Benachrichtigung ausschließlich an die Zustellung an den Drittschuldner. Unterstützt wird diese Auffassung durch eine Äußerung von Amsbergs in der Kommission (1. Lesung),[6]) die die Benachrichtigung an den Drittschuldner als die allein wesentliche bezeichnet. Mithin ist auch die ungültige Zustellung an den Schuldner unschädlich. Für die Vorpfändung ist damit nur dasselbe festgestellt, was nach herrschender Lehre auch für die Pfändung gilt.[7]) Die hier vorgetragene Meinung ist unbestritten.[8]) Da das Gesetz aber die Zustellung an den Schuldner immerhin

---

[2]) s. oben S. 7; Planck, Lehrb. Bd. 2 S. 737; and. Ans. Weismann Bd. 2 S. 149; Reincke zu § 845 Bem. I, 2.

[3]) And. Ans. Höniger in KBl. Bd. 15 S. 17.

[4]) OLG. Rostock in Rspr. Bd. 6 S. 417.

[5]) Kirchberger S. 11.

[6]) Hahn S. 851.

[7]) Gaupp-Stein zu § 829 Bem. III, 2 (Bd. 2 S. 611). Freilich ist bei der Vorpfändung die Zustellung an den Schuldner dem Gerichtsvollzieher nicht wie bei der Pfändung als Amtspflicht auferlegt.

[8]) vgl. RG. Bd. 8 S. 419; Gaupp-Stein zu § 845 Bem. I.

als einen Teil der Vorpfändungshandlung aufführt, der also regelmäßig auch erfolgen soll,[9]) so kann eine schuldhafte Unterlassung dieser Zustellung den Gläubiger dem Schuldner gegenüber schadensersatzpflichtig machen.[10]) Auch die Benachrichtigung an den Drittschuldner kann nicht durch öffentliche Zustellung erfolgen; denn sie ist vom Gesetz ausdrücklich in die Hand des Gerichtsvollziehers gelegt, der bei der öffentlichen Zustellung nicht mitwirkt (§ 204). Würde öffentliche Zustellung erforderlich, so ist solchenfalls die Vorpfändung überhaupt unmöglich.[11]) Auch bei der Pfändung gilt nach der herrschenden Lehre das gleiche.[12])

Wird ein Recht vorgepfändet, bei dem ein Drittschuldner nicht vorhanden ist (§ 857) — über die Zulässigkeit der Vorpfändung in solchem Falle s. unten § 6 S. 20 —, so ist die Vorpfändung in analoger Anwendung des § 857 Abs. 2 mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen, in welchem dem Schuldner die Benachrichtigung mit der Aufforderung, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist. Es sind daher für die Zustellung an ihn diejenigen Bestimmungen anzuwenden, die sonst für die Zustimmung an den Drittschuldner gelten.[13])

§ 6.

IV. Der Gegenstand der Vorpfändung.

1. Die Vorpfändung ist nach § 846 zulässig bei der Zwangsvollstreckung in einen Anspruch, der eine bewegliche körperliche Sache betrifft (§ 847). Sie ist ferner nach § 857 Abs. 1 zulässig bei der Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind.[1]) Wegen § 857 Abs. 2 vgl. oben S. 20. Auf

---

[9]) Hellwig, Verpfändung S. 123 N. 246.

[10]) Gaupp-Stein zu § 845 Bem. I, 4 (Bd. 2 S. 642).

[11]) Planck, Lehrb. Bd 2 S. 737.

[12]) Gaupp-Stein zu § 829 III, 1 und zu § 845 I, 4.

[13]) Stein im Sächs. Arch. S. 2; RG. v. 19. 5. 1909 im Recht 1909 Heft 14 Nr. 2160.

[1]) Kirchberger, Diss. S. 73.

die entsprechende Anwendung, die § 845 nach § 22 Abs. 2 ZVG. im Zwangsversteigerungsrechte findet, sei hier nur verwiesen.[2])

2. Befindet sich eine bewegliche Sache, zu deren Herausgabe der Schuldner verurteilt ist, in Gewahrsam eines Dritten, so ist nach § 886 dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung und Überweisung einer Geldforderung betreffen. Der § 886 bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf die gerichtlichen Handlungen der Zwangsvollstreckung in Forderungen, ist aber analog auf die privaten auszudehnen. § 845 findet daher Anwendung.[3])

3. Bestritten ist, ob die Vorpfändung Anwendung findet auf die Pfändung von Forderungen aus Wechseln und anderen indossabeln Papieren, § 831.[4]) Für die Anwendbarkeit spricht, daß § 845 sich nach seiner Stellung auf die sämtlichen §§ 829—844 bezieht. Dagegen spricht der Umstand, daß die Vorpfändung der gerichtlichen Forderungspfändung nachgebildet ist, die § 831 gerade ausschließt. Hellwig[5]) faßt dieses Argument so, daß bedingte Rechtsverhältnisse von den perfekten sich nicht durch die Form, sondern nur durch den Inhalt des Rechtsgeschäftes unterschieden, infolgedessen könne im Falle des § 831 wie durch Zustellung eines Pfändungsbeschlusses kein Pfandrecht, so auch das bedingte Pfandrecht des § 774 (alt) nicht durch Zustellung der Pfändungsbenachrichtigung entstehen. Es wird unten (§ 13) nachgewiesen werden, daß die Vorpfändung ein bedingtes Pfandrecht nicht bewirkt. Aus diesem Grunde kann Hellwig nicht beigetreten werden.

In der vorher wiedergegebenen Form ist aber seine Be-

---

[2]) vgl. hierzu Jäckel S. 118

[3]) OLG. Braunschweig v. 25. 1. 1901 in Zeitschr. für den preuß. Gerichtsvollzieherverband 17. Jahrg. S. 71; Gaupp-Stein § 845 Bem. III (Bd. 2 S. 644); and. Ans. Struckmann-Koch zu § 886 Bem. 1; Wilmowski-Levy zu § 772 Bem. 5.

[4]) Verneinend Reincke zu § 845 Bem. III; Hellwig S. 123; Struckmann-Koch zu § 845 Bem. II; Denner S. 69—71; Hellmann, Komm. zu § 744 Bem. 2; Kell S. 27 Bejahend Gaupp-Stein zu § 845 Bem. III Bd. 2 S. 644); Weigelin S. 18; Weismann Bd. 2 S. 150; Kirchberger S. 71 f.

[5]) a. a. O.

gründung beachtlich und berührt sich mit einem anderen Grunde. Die Vorpfändung ist ja nur wegen der Schwerfälligkeit der gerichtlichen Forderungspfändung eingeführt worden, während die rascher zu handhabende Sachpfändung ein solches Mittel entbehrlich machte.[6]) Die Pfändung der in § 831 genannten Forderungen ist aber als Sachpfändung konstruiert. Die ratio legis spricht also gegen die Anwendbarkeit des § 845. Diese Gründe sind m. E. überzeugend. Der Gegengrund, der aus der Stellung beider Paragraphen entnommen wird, ist dagegen nur ein äußerlicher. Daher ist die Anwendbarkeit der Vorpfändung auf die Fälle des § 831 zu verneinen. Ein praktisches Bedürfnis für die Anwendung ist überdies nicht vorhanden, denn die Vorpfändung vermöchte nicht die Begebung des Papieres und seinen gutgläubigen Erwerb zu verhindern. Der gutgläubige Erwerber aber würde Eigentümer des Papieres und damit forderungsberechtigt (Art. 36, 82 WO.; § 364 Abs. 2 HGB.). Die Pfändung fände nicht mehr die Forderung im Vermögen des Schuldners, die Vorpfändung wäre wirkungslos. Wird die Begebung unterlassen, so könnte zwar die Vorpfändung dem Pfandrecht des Gläubigers die Priorität sichern. Aber wozu erst den Gerichtsvollzieher mit der Zustellung zweier Schriftsätze beauftragen und ihn dann binnen drei Wochen nochmals zum Schuldner schicken, um ihm das Papier abzunehmen, während man diesen zweiten Auftrag gleich erteilen und damit sofort ein wesentlich sichereres Resultat erzielen könnte? Der Hinweis von Stein,[7]) daß die Wegnahme an Sonn- und Feiertagen nur mit Erlaubnis des Amtsrichters erfolgen dürfe (§ 761), die Zustellung (durch die Post) dagegen ohne weiteres, daß also bei mehreren aufeinanderfolgenden Feiertagen durch eine Vorpfändung ein nicht unbeträchtlicher Zeitraum gewonnen würde, ist zutreffend. Aber diesen Nachteil (§ 761) teilt die Wegnahme von indossablen Papieren mit der Sachpfändung überhaupt, der sie nachgebildet ist, und die Sachpfändung soll durch die Vorpfändung nach der ratio legis eben nicht erleichtert werden.

4. Die Anwendbarkeit der Vorpfändung auf Forderungen, für die eine Hypothek besteht, ist unbestritten.[8]) Die Vorpfändung

[6]) s. oben S. 6.

[7]) Sächs. Arch. a. a. O. S. 2.

[8]) Gaupp-Stein zu § 845 III.

ist ohne Wirkung, wenn nicht binnen der Frist des § 845 Abs. 2 eine wirksame Pfändung erfolgt; wirksam kann aber nach § 830 eine solche Forderung nur gepfändet werden, wenn zum Pfändungsbeschlusse noch die Übergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger bezw. die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erfolgt. Auch diese Ereignisse müssen also in die Dreiwochenfrist[9]) fallen. Das Pfandrecht an der Forderung entsteht durch die Vorpfändung ohne Eintragung oder Briefübergabe.[10]) Dies bringt für den Gläubiger die Gefahr mit sich, daß in der Zwischenzeit über die Forderung verfügt wird (z. B. daß sie zediert wird), und daß dadurch ein gutgläubiger Vierter Rechte an der Hypothek nach §§ 1138, 892 BGB. erwerbe, die seinem Pfandrechte vorgehen oder die Pfändung unmöglich machen. Um den Gläubiger gegen diese Gefahr zu schützen, hat man behauptet, er habe das Recht, auf Grund der Vorpfändung eine Vormerkung im Grundbuche eintragen zu lassen.[11]) Dies ist jedoch nicht zulässig; denn eine Vormerkung könnte nach § 883 BGB. nur eingetragen werden zur Sicherung des Anspruches auf Einräumung eines Rechtes an der hypothekarisch gesicherten schuldnerischen Forderung. Einen privatrechtlichen Anspruch auf Einräumung eines Pfandrechtes an dieser Forderung — nur um diesen kann es sich handeln — hat aber der Gläubiger durch die Vorpfändung nicht erworben.[12])

Vielmehr hat er ein — sei es einstweiliges, sei es bedingtes — Pfändungspfandrecht an der Forderung erlangt.[13]) Dieses ergreift auch die Hypothek (ZPO. § 851; BGB. § 1153 Abs. 2). Es besteht also an der Hypothek ein Pfandrecht, das aber nicht eingetragen ist. Das Grundbuch ist insofern unrichtig, unvollständig geworden. Der Gläubiger kann die Berichtigung, d. h. die Eintragung des Pfandrechts verlangen, ohne daß es der Bewilligung des Schuldners bedarf, nur auf Grund des Nachweises der Un-

---

[9]) Ebenso Gaupp-Stein a. a. O.; Kell S. 28; and. Anf. Tücking im Recht 1906 S. 925.

[10]) Gaupp-Stein a. a. O.

[11]) Seuffert zu § 845, 4 a; Petersen-Anger zu § 845, 6.

[12]) So auch die herrschende Lehre; vgl. Gaupp-Stein zu § 845 III; Kell u. Kirchberger a. a. O.

[13]) s. unten § 7.

richtigkeit des Grundbuches (GBO. § 22). Dieser Nachweis wird geführt durch Vorlegung des Benachrichtigungsschriftsatzes mit der Urkunde über die Zustellung an den Drittschuldner.[14]) Die Eintragung befristeter oder bedingter Rechte ist prinzipiell zulässig.[15]) Schanz[16]) macht einen Vorschlag wegen der Fassung der Eintragung. Sie muß erkennen lassen, daß der Eintrag auf Grund einer Vorpfändung erfolgt ist, und wird zweckmäßigerweise auch angeben, wann die Benachrichtigung dem Drittschuldner zugestellt ist. — Vorstehendes gilt für Buchhypotheken. Bei Briefhypotheken ist dieser Weg verschlossen, da der Brief nicht vorgelegt werden kann (GBO. § 42). Zur Wegnahme des Briefes ist der Gerichtsvollzieher nicht befugt, da er bei der Vorpfändung nicht als Vollstreckungsorgan tätig wird.[17])

V. Die Wirkung der Vorpfändung.

§ 7.

1. Übersicht über die aufgestellten Theorien.

Die Vorpfändung hat nach § 845 Abs. 2 die Wirkung eines Arrestes. Die Zitierung von § 930 beweist, daß unter „Arrest" der vollzogene Arrest zu verstehen sei. Demnach besteht die Wirkung der Vorpfändung in der Begründung eines Arrestpfandrechts an der vorgepfändeten Forderung. Ein solches gewährt dem Gläubiger dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Pfandrecht. Es geht einem später begründeten Pfandrecht vor (§§ 930, 804). Es wird jedoch nicht realisiert, sondern dient nur zur Sicherung (§ 916). Soweit herrscht kein Streit.[1])

---

[14]) vgl. Güthe zu § 229 GBO. Anm. 12 c u. 36 a (Bd. 1 S. 484).

[15]) Güthe Bd. 1 S. 220 Anm. 49; ebenso wie hier Stein im Sächs. Arch. S. 12 und im Ergebnis Schanz, Bayer. Zeitschr. Bd. 4 S. 302; vgl. überdies unten S. 42 u. 43.

[16]) s. Anm. 15.

[17]) s. oben S. 7.

[1]) vgl. Gaupp-Stein zu § 845 Bem. II.

Diese Wirkung soll aber der Vorpfändung nur zukommen, sofern die Pfändung der Forderung innerhalb drei Wochen bewirkt wird. Das Pfandrecht ist also solange in Schwebe. Diesen Schwebezustand zu klären, das Pfandrecht während dieses Zeitraums zu konstruieren, ist die Aufgabe, wenn man die Wirkung der Vorpfändung ergründen will. Durch verschiedene Theorien hat man diese Aufgaben zu lösen versucht. Sie sollen in folgendem betrachtet werden.

Zuvor aber ist es geboten, sich zu vergegenwärtigen, welche Wirkung die Vorpfändung nach dem Zwecke des Gesetzes haben soll.

Die Begründung des Entwurfes spricht davon, daß die Vorpfändung zur Sicherung der Priorität dienen[2]) und eine vorläufige Beschlagnahme der Forderung sein[3]) soll. Den zweiten Punkt erläutern uns die Aufforderungen, die mit der Benachrichtigung verbunden werden. Danach soll der Drittschuldner nicht an den Schuldner zahlen und dieser sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben enthalten. Eine doppelte Wirkung soll also die Vorpfändung nach dem Zwecke des § 845 haben:

1. Dem vorpfändenden Gläubiger soll die Priorität vor denjenigen Gläubigern gewahrt werden, die nach Erlaß der Vorpfändung die Forderung noch pfänden.

2. In der Zeit zwischen Vorpfändung und Pfändung soll die Forderung dem Zugriff des Gläubigers insofern erhalten bleiben, als dem Drittschuldner die Zahlung, dem Schuldner aber die Einziehung der Forderung und jede andere Verfügung darüber, die dem Pfandrechte des Gläubigers nachteilig sein könnte, z. B. Abtretung, unmöglich gemacht werden soll.

Über diesen Zweck des Gesetzes ist man sich einig.[4]) Um aber eine Konstruktion des Arrestpfandes zu finden, die diesem Zwecke gerecht wird, werden sehr verschiedene Wege eingeschlagen. Der Prüfstein für die Richtigkeit jeder Konstruktion muß die Frage

---

[2]) Mot. S. 424 (Hahn Bd. 1 S. 450).
[3]) Mot. S. 435 (Hahn S. 460).
[4]) vgl. Kirchberger S. 18, 19.

sein, ob sie die eben dargelegte, vom Gesetze bezweckte, doppelte Wirkung der Vorpfändung schlüssig zu begründen vermag.

Die herrschende Lehre faßt die Mitwirkung der Vorpfändung als ein bedingtes Pfandrecht auf. Und zwar konstruieren einige das Pfandrecht als ein suspensiv bedingtes. Die Wirkung der Vorpfändung wird bis zum Eintritt der Pfändung suspendiert und tritt erst dann in Kraft, wird jedoch auf den Zeitpunkt der Vorpfändung zurückbezogen.

Andere konstruieren das Pfandrecht als resolutiv bedingtes. Die Wirkung des Pfandrechtes tritt sofort mit der Vorpfändung ein, endigt aber, wenn die Pfändung nicht rechtzeitig erfolgt, und bleibt bestehen, wenn dies geschieht.

Mit der Lehre von der Suspensivbedingung nahe verwandt ist diejenige der Rückdatierung. Sie läßt das Pfandrecht erst mit der Pfändung entstehen, datiert jedoch seine Wirkungen auf den Zeitpunkt der Vorpfändung zurück.

Der Theorie der Resolutivbedingung steht die Ansicht Steins nahe. Nach ihm wird durch die Vorpfändung ein einstweiliges Pfandrecht begründet, welches wieder untergeht, wenn nicht die Pfändung rechtzeitig nachfolgt.

Eine mit den vorstehenden Theorien nicht zusammenhängende Konstruktion hat Kirchberger in seiner Dissertation versucht. Nach ihm wird durch die Vorpfändung nur ein fingiertes Pfandrecht begründet, das aber die Wirkungen eines gerichtlichen Veräußerungsverbotes hat.

2. Betrachtung der einzelnen Theorien.

§ 8.

a) Die Lehre vom fingierten Pfandrecht.

Kirchberger hat folgende Theorie aufgestellt.[1])

Pfändung und Entstehung des Pfandrechts seien untrennbare und in gewissem Sinne identische Begriffe. Da nun die Pfändung in Forderungen durch Gerichtsbeschluß erfolge, die Vorpfändung aber ein privater Akt des Gläubigers sei, so könne

[1]) S. 41 ff.; dagegen Kell S. 33; Stein im Sächs. Arch. S. 4 und in seinem Komm. Bd. 2 S. 642 Note 25.

sie auch nicht Pfändung sein und folglich ein Pfandrecht nicht begründen. Vielmehr solle nur fingiert werden, es habe eine Pfändung stattgefunden, und demgemäß fingiert werden, es sei ein Pfandrecht entstanden. Wie nun die wirkliche Pfändung mit dem arrestatorium und inhibitorium verbunden sei, so soll dies auch bei der fingierten Pfändung fingiert werden, und zwar soll der fingierten Pfändung „zunächst" ausschließlich diese Wirkung zukommen. Durch diese fingierten gerichtlichen Befehle sei der Gläubiger in der Zeit bis zur Pfändung gemäß §§ 135 u. 136 BGB. gegen Verfügungen des Schuldners über die Forderung und gegen die Zahlung des Drittschuldners an den Schuldner geschützt. Wenn sodann die Pfändung fristgerecht nachfolge, so werde es so angesehen, als ob der Gläubiger bereits mit der Benachrichtigung an den Drittschuldner ein Arrestpfandrecht erworben hätte, so daß für den Rang des Pfandrechtes der Zeitpunkt der Vorpfändung entscheidend sei.

Dieser Konstruktion ist zunächst entgegenzuhalten, daß die Fiktion kein taugliches Mittel der juristischen Konstruktion ist, sondern nur ein solches der Gesetzgebung. Die Wissenschaft muß das Gesetz auslegen. Sie hat die darin etwa enthaltenen Fiktionen aufzulösen.[2]) Überdies hebt Stein[3]) mit Recht hervor, daß das Pfandrecht wie alle Rechtswirkungen lediglich der Welt des Vorgestellten, nicht der Sinnenwelt angehört und daß eine fingierte Vorstellung, ein doppelt gedachtes Pfandrecht, kein brauchbarer Begriff ist.

Aber der § 845 Abs. 2 enthält keine Fiktion. Denn wenn Kirchberger sagt, Pfändung und Pfandrechtsbegründung seien gewissermaßen identische Begriffe, so ist dieser Ausgangspunkt seiner Theorie schon irrig. In § 845 Abs. 2 legt gerade das Gesetz der Vorpfändung dieselbe Wirkung wie der Pfändung bei, nämlich die einer Pfandrechtsbegründung. Das Gesetz fingiert dies nicht, sondern es befiehlt, der Vorpfändung diese Wirkung beizulegen.[4])

---

[2]) Stein im Sächs. Arch. S. 4; Bülow, Zivilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 62 S. 1.

[3]) Im Sächs. Arch. S. 5.

[4]) Stein im Sächs. Arch. Nr. 2.

Wenn man aber schon die Wirkung der Vorpfändung in einer fingierten Pfändung und einem fingierten Pfandrecht erblicken wollte, so ist gar nicht einzusehen, warum diese fingierte Pfändung zunächst nur einen Teil ihrer Wirkungen entfalten sollte, nämlich nur die des inhibitorium und arrestatorium, nicht aber auch die eines — fingierten — Pfandrechtes. Diese Auffassung Kirchbergers fußt auf den Bestimmungen des norddeutschen Entwurfes, wo der Vorpfändung tatsächlich eine solche beschränkte Wirkung zukam,[5]) in der deutschen Zivilprozeßordnung hat sie aber keinen Boden.

Somit kann die Lehre vom fingierten Pfandrecht nicht als eine Lösung der hier zu beantwortenden Fragen gelten. Sie ist daher abzulehnen.

§ 9.

b) Die Lehre von der Zurückdatierung des Pfandrechts.

Wyszomirski hat in Gruchots Beiträgen[1]) eine Erklärung der Wirkung der Vorpfändung gegeben im Anschluß an eine Erläuterung des § 929 (alt § 809) Abs. 3. Diese Bestimmung handelt von der Vollziehung des Arrestbefehles und lautet:

„Die Vollziehung ist vor Zustellung des Arrestbefehles an den Schuldner zulässig. Sie ist jedoch ohne Wirkung, wenn die Zustellung nicht innerhalb einer Woche nach der Vollziehung und vor Ablauf der für diese im vorhergehenden Absatz bestimmten Frist erfolgt".

Wyszomirski faßt diese Bestimmung so auf, daß die Pfändung, mit der der Arrest vollzogen wird, nur dann materielle Wirkung haben, d. h. ein Pfandrecht begründen könne, wenn auch die Zustellung des Arrestbefehles erfolge. Folge diese daher gemäß § 929 Abs. 3 der Pfändung nach, so sei die Pfändung zwar gültig, aber ein Pfandrecht entstehe daraus erst im Momente der rechtzeitigen Zustellung des Arrestbefehles, dann aber mit Wirkung ex tunc, d. h. unter Zurückdatierung auf den Zeitpunkt der Pfändung.

---

[5]) Kirchberger S. 36 ff. und unten S. 35 f.

[1]) Bd. 32 S. 767, bes. 791; dagegen Kell S. 30; Kirchberger S. 34.

Analog soll es sich nun nach Wyszomirski auch bei der Vorpfändung verhalten. Danach würde die Vorpfändung zunächst kein Pfandrecht erzeugen. Dieses könnte vielmehr erst mit der Nachpfändung entstehen, dann aber — falls dieses rechtzeitig erfolgte — mit rückwirkender Kraft, d. h. unter Zurückdatierung seiner Wirkung auf den Zeitpunkt der Vorpfändung. Alle in der Zwischenzeit getroffenen, dem Pfandrecht nachteiligen Verfügungen des Schuldners werden nach Ansicht Wyszomirskis damit bedeutungslos.

Das ist aber nur dann der Fall, wenn die Pfändung wirklich ein gültiges Pfandrecht erzeugt. Es müssen daher bei ihrem Eintritt alle Voraussetzungen gegeben sein, die erforderlich sind, damit ein Pfandrecht entsteht. Nun wird aber der Schuldner durch die Vorpfändung in der Verfügung über die Forderung während der Zwischenzeit nicht gehindert, da sie ja während dieser der Wirkung entbehren, so vor allem ist er in der Lage, sie zu zedieren. Tut er dies, so findet die Pfändung die Forderung nicht mehr im Vermögen des Schuldners vor. Infolgedessen kann ein wirksames Pfandrecht nicht mehr begründet werden. Die Pfändung ist nach § 771 angreifbar. Es ist somit kein Pfandrecht vorhanden, das zurückdatiert werden könnte, die Zwischenverfügungen des Schuldners bleiben wirksam. Die Vorpfändung hat ihre Aufgabe nicht erfüllt, den Gläubiger in der Zwischenzeit gegen Verfügungen des Schuldners zu schützen.[2])

Daher ist die Theorie der Zurückdatierung abzulehnen.

§ 929 Abs. 3 kann eben zum Vergleiche mit § 845 Abs. 2 nicht herangezogen werden.[3]) Denn dort ist der erste Akt der Vollstreckungsakt, zu dem als zweiter ein formaler Akt, die Zustellung hinzutritt. Die Voraussetzungen des Vollstreckungsaktes und der Pfandrechtsbegründung müssen mit alleiniger Ausnahme dieser Zustellung zur Zeit der Pfändung schon vorhanden sein. Umgekehrt in § 845 Abs. 3. Hier geht der formale Akt, die Vorpfändung, voran, und der Pfandrecht wirkende Vollstreckungsakt ist der zeitlich nachfolgende. Aber seine Voraussetzungen müssen

---

[2]) vgl. oben S. 25 unter 2.

[3]) Stein im Sächs. Arch. S. 2.

selbstverständlich bei seiner Vornahme auch noch vorhanden sein. Daher werden eben hier die ihm entgegenstehenden Verfügungen des Schuldners in der Zwischenzeit von Bedeutung.

§ 10.

c) Die Lehre von der Bedingung, insbesondere von der Suspensivbedingung.

1. Die herrschende Lehre faßt die Wirkung der Vorpfändung als eine bedingte auf, bedingt durch die rechtzeitige Bewirkung der Pfändung. Es ist nun zweifellos, daß von einer Bedingung im technischen Sinne hier keine Rede sein kann. Denn die Bedingung ist eine einem Rechtsgeschäft hinzugefügte Privatwillenserklärung. Beide Merkmale fehlen aber bei der Vorpfändung. Auch die condicio tacita ist ein Begriff, der für die Rechtsgeschäfte des Privatrechts geprägt ist, nicht für Prozeßhandlungen. Man könnte keinesfalls etwa § 162 BGB. zur Anwendung bringen; denn eine Pfändung kann nicht als eingetreten oder nicht eingetreten gelten. Man täte aber darum auch besser, den Begriff der Bedingung ganz beiseite zu lassen.[1])

2. Die Lehre von der Suspensivbedingung, die von Planck,[2]) Seuffert,[3]) Reincke,[4]) und Hellmann[5]) vertreten wird,[6]) läßt die Wirkung der Vorpfändung, das Arrestpfandrecht, mit ihrem Erlaß noch nicht eintreten, sondern erst mit dem Eintritt der Bedingung, d. h. mit der Pfändung. Diese soll ein Pfandrecht für die Zukunft und zugleich[7]) ein Arrestpfandrecht für die Zeit zwischen Vorpfändung und Pfändung begründen.

Man kann dieses Arrestpfandrecht in doppelter Weise konstruieren. Entweder läßt man die Bedingung ex tunc wirken

---

[1]) Ebenso Stein im Sächs. Arch. S. 5, Kell S. 36, und für § 929 Abs. 3 Wyszomirski bei Gruchot Bd. 32 S. 778.

[2]) Bd. 2 S. 738.

[3]) § 845 Bem. 1.

[4]) Zu § 845 Bem. II.

[5]) JurW. 1890 S. 140; vgl. unten S. 31 Anm. 3.

[6]) Dagegen Kirchberger S. 30; Kell S. 37; Stein im Sächs. Arch. S. 5.

[7]) vgl. Kell S. 37 Nr. 3.

oder man wendet die Rechtssätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Bedingung, nämlich §§ 158, 161 daselbst an.

Die erstere Konstruktion bedeutet in Wirklichkeit nur eine Rückdatierung. Ihr stehen aber dieselben Bedenken entgegen wie jener Theorie; denn da in der Zwischenzeit ein Pfandrecht nicht besteht, ist der Schuldner an Verfügungen nicht gehindert, die, wie die Zession der Forderung, eine wirksame Nachpfändung unmöglich machen. Er kann also den Eintritt der Bedingung vereiteln.

Die Anwendung von § 161 BGB. bringt uns nicht vorwärts. Danach würde zwar jede Verfügung, die der Schuldner in der Zwischenzeit über die Forderung träfe, insoweit unwirksam sein, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde, aber dies doch nur dann, wenn die Bedingung eintritt, d. h. wenn eine wirksame Pfändung rechtzeitig nachfolgt. Der Schuldner wäre aber nicht gehindert, durch seine Zwischenverfügungen eine wirksame Pfändung zu vereiteln. Daß § 162 BGB. in solchem Falle keine Anwendung finden kann, ist schon oben S. 30 gesagt. Also ist mit der Anwendung von § 161 BGB. nicht gedient.[8])

Auch die Lehre von der Suspensivbedingung wird sonach dem Zweck der Vorpfändung, zwischenzeitliche, dem Pfandrecht des Gläubigers entgegenstehende Verfügungen zu hindern, nicht gerecht.[9]) Sie ist daher abzulehnen.

§ 11.

d) Die Lehre von der Resolutivbedingung.

Diese Theorie wird vertreten von Petersen-Anger,[1]) Endemann,[2]) Hellmann,[3]) Engelmann,[4]) Keidel,[5])

---

[8]) Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Anwendung von § 161 unbedenklich ist oder nicht (vgl. RG. Bd. 59 S. 92).

[9]) vgl. oben S. 25 unter 2.

[1]) Zu § 845, 5.

[2]) Zu § 744 Bem. II.

[3]) Lehrb. S. 870.

[4]) S. 428.

[5]) JW. Bd. 21 S. 68.

Kell.[6] Bartsch.[7] Weigelin,[8] vom Reichsgericht,[9] dem Kammergericht,[10] den Oberlandesgerichten Karlsruhe[11] und Köln.[12] Gegenargumente bringen Kirchberger[13] und Stein.[14] Nach dieser Theorie entsteht mit der Vorpfändung ein Pfandrecht an der Forderung, das aber wieder erlischt, wenn die Pfändung nicht rechtzeitig nachfolgt, und zwar derart erlischt, daß keinerlei Wirkungen daraus mehr abgeleitet werden können. Der Wortlaut des § 845 Abs. 2 spricht für diese Auffassung nicht. Aber dieser Grund ist äußerlich und nicht ausschlaggebend.[15] Bleibt die rechtzeitige Nachpfändung aus, tritt somit die Resolutivbedingung ein, so sind alle Verfügungen des Schuldners in der Zwischenzeit gültig. Eine „Fiktion", daß mit Eintritt der Resolutivbedingung das entstandene Pfandrecht nach rückwärts ex tunc wieder vernichtet werde, wie sie Kell[16] annimmt, liegt der Theorie trotzdem nicht zugrunde; denn das Pfandrecht wird ohnehin als wirksam oder nicht wirksam nur gedacht. Es gehört überhaupt der Welt der Vorstellung an, ist aber kein Tatbestand, dessen Nichtexistenz man fingieren müßte.[17]

Die Lehre von der Resolutivbedingung hat vor der der Suspensivbedingung den Vorzug, daß sie mit der Vorpfändung sogleich ein Pfandrecht entstehen läßt und damit die Zwecke der Vorpfändung — Sicherung gegen nachteilige Verfügungen des Schuldners und Wahrung der Priorität[18] — erreicht. Aber bedenklich ist, daß bei dieser Konstruktion auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels zweimal ein Pfandrecht begründet werden

[6] S. 38 ff.
[7] S. 44.
[8] Pfändungspfandrecht an Forderungen S. 17.
[9] RGE. v. 3. 7. 1890 Bd. 26 S. 427.
[10] Entsch. v. 4. 11. 1901 in Rspr. Bd. 3 S. 445.
[11] Entsch. v. 17. 6. 1905 in Rspr. Bd. 11 S. 185.
[12] Puchelt Bd. 35 S. 48.
[13] S. 22 ff.
[14] Im Sächs. Arch. S. 6.
[15] s. unten S. 37.
[16] S. 39.
[17] vgl. oben S. 27 und Stein im Sächs. Arch. S. 12 Anm. 8.
[18] vgl. oben S. 25.

soll, einmal durch die Vorpfändung, sodann durch die Pfändung.[19]) Nun kann aber ein Gläubiger aus einem vollstreckbaren Schuldtitel an einer Forderung des Schuldners nur ein Pfandrecht erwerben. Dieses erwirbt er aber mit der Vorpfändung. Folglich kann er es nicht noch einmal mit der Pfändung erwerben. Dieser Konsequenz kann man nicht entgehen, indem man behauptet,[20]) das durch die Pfändung zu begründende Pfandrecht unterscheide sich von dem durch die Vorpfändung begründeten durch seine exekutivische Wirkung, es sei daher ein anderes als dieses. Denn die exekutivische Wirkung ist nur ein Teil der Wirkung des Pfändungspfandrechts und kein wesentlicher Teil. Es gibt ein Pfändungspfandrecht, das der exekutivischen Wirkung entbehrt: das Arrestpfandrecht. Ist also der vollstreckbare Schuldtitel ein Arrestbefehl, so unterscheidet sich das durch die Pfändung angeblich begründete Pfandrecht von dem durch die Vorpfändung begründeten überhaupt nicht mehr. Die Vertreter der Lehre von der Resolutivbedingung müssen daher konsequenterweise annehmen, daß durch die Pfändung überhaupt kein Pfandrecht mehr entsteht, sondern nur dem schon bestehenden Arrestpfandrecht gegebenenfalls die Vollstreckungswirkung hinzugefügt wird.[21])

Keidel[22]) und Kirchberger[23]) folgern daraus, die Pfändung müsse ein bloßes Formale sein, keine Rechtshandlung, sondern ein rein tatsächliches Ereignis. Dieses Resultat erklärt aber Kirchberger mit Recht für unannehmbar. Denn wenn diese Annahme richtig wäre, so würden zwischenzeitliche Ereignisse, insbesondere Konkurs des Schuldners, Beschlagnahme nicht imstande sein, den Eintritt der Pfändung und damit den Ausfall der Resolutivbedingung zu verhindern; denn der Eintritt eines rein tatsächlichen Ereignisses kann durch die Wirkungen von Rechts- und gerichtlichen Handlungen nie gehindert werden, da die Rechtswirkungen nur der Welt des Vorgestellten, nicht der Sinnenwelt angehören. Es herrscht nun kein Streit darüber, daß der Konkurs

[19]) Kirchberger S. 24.
[20]) Kell S. 41.
[21]) Kirchberger a. a. O.; Stein im Sächs. Arch. S. 6.
[22]) a. a. O. S. 74.
[23]) S. 24.

nach §§ 14 oder 15 den Eintritt der Nachpfändung wie jeder anderen Pfändung unmöglich macht.[24]) Dasselbe gilt nach § 865 Abs. 2 von der Beschlagnahme des schuldnerischen Grundstücks.[25]) Es wäre in der Tat ganz unverständlich, warum die Pfändung, wenn sie auf Grund einer Vorpfändung erfolgt, so sehr vor jeder anderen Pfändung bevorzugt sein sollte.

Mit Recht verlangt daher Kirchberger mit Rücksicht auf diese Konsequenzen, daß man die Bewirkung dieser Pfändung nicht als ein bloßes Formale auffassen dürfe. Er behauptet vielmehr, daß man darunter nur die Begründung eines Pfandrechts verstehen könne. Daß aber eine solche Auslegung mit der Lehre von der Resolutivbedingung logisch nicht vereinbar ist, ist schon oben (S. 32, 33) dargetan worden. Kirchberger lehnt daher die Lehre von Resolutivbedingung überhaupt ab. Ob sein Urteil gerechtfertigt ist, soll in § 13[26]) geprüft werden, nachdem wir zuvor die Lehre vom einstweiligen Pfandrecht betrachtet haben, da diese mit der von der Resolutivbedingung nahe verwandt ist und aus diesem Grunde eine einheitliche Prüfung wünschenswert erscheint.

§ 12.

e) Die Lehre vom einstweiligen Pfandrecht.

Sie wird vertreten von Stein im Gaupp-Steinschen Kommentar[1]) und in veränderter Fassung in seinem mehrerwähnten Aufsatz im Sächs. Archiv für Rechtspflege,[2]) auch an dieser Stelle ausführlich begründet. Sie wird geteilt von Weismann.[3])

Stein unterscheidet bei der Pfändung die Pfändung als Vollstreckungsakt und ihre materielle Wirkung, die Pfandrechtsbegründung. Der Vollstreckungsakt ergehe zwar um seiner Wirkung

---

[24]) vgl. Gaupp-Stein zu § 845 II, 2.
[25]) vgl. Gaupp-Stein zu § 845 Note 35.
[26]) Unten S. 43.
[1]) Zu § 845 II.
[2]) S. 8—12.
[3]) Bd. 2 S. 49.

willen. Aber beide seien von verschiedenen Voraussetzungen abhängig, und schon aus diesem Grunde sei es möglich, daß beide auseinander fielen, daß eine Pfändung gültig erfolge, aber ein Pfandrecht nicht oder doch nicht im vollen Umfange oder nicht sogleich begründe. Ein zeitliches Auseinanderfallen von Pfändung und Pfandrechtsbegründung sei somit denkbar. Insbesondere sei es denkbar, daß diese Trennung aus dem Grunde eintrete, weil das Pfandrecht bereits vorher begründet worden sei, die Pfändung diese Wirkung also schon vorfinde und sie daher nicht mehr hervorzurufen brauche noch dies vermöge. So sei aber auch die Rechtslage im Falle des § 845 Abs. 2: die Vorpfändung erzeuge ein Arrestpfandrecht. Folge die Pfändung rechtzeitig nach, so finde diese das Pfandrecht schon vor, brauche es also nicht mehr zu begründen, sondern füge nur die Vollstreckungswirkung hinzu[4]) (wenn sie nicht auf Grund eines Arrestbefehls ergehe). Erfolge die Pfändung nicht rechtzeitig, so erlösche das Arrestpfandrecht, ohne eine Wirkung mehr äußern zu können. Es sei insofern ein einstweiliges, aber kein bedingtes; denn sein Entstehen oder Nichtentstehen entscheide sich schon im Augenblick der Vorpfändung.

§ 13.

3. Prüfung der Lehre vom resolutiv bedingten und einstweiligen Pfandrecht. Ergebnis.

1. Ehe wir in eine Prüfung der Steinschen Theorie eintreten, erscheint es erforderlich, einen Blick auf die Geschichte des § 845 zu werfen, die manche Aufklärung über die obwaltenden Schwierigkeiten zu geben vermag. Die Vorpfändung hat, wie früher erwähnt,[1]) ihren Ursprung in § 1004 N. E. Dort wurde ihr die Wirkung eines Sicherheitsarrestes beigelegt. Der Sicherheitsarrest des N. E. entspricht zwar dem Arrest der Zivilprozeßordnung, er wurde aber in Forderungen vollzogen durch

[4]) Weismann Bd. 2 S. 149. Im Gauppschen Komm. a. a. O. läßt Stein die Pfändung ein Pfandrecht begründen, das auf den Zeitpunkt der Vorpfändung zurückdatiert wird, also ähnlich der Lehre von der Rückdatierung.

[1]) Oben S. 1.

Zustellung einer gerichtlichen Entscheidung an Schuldner und Drittschuldner, die ein „Untersagungsgebot" an jenen und ein „Arrestgebot" an diesen enthielt. Das Untersagungsgebot deckte sich inhaltlich mit dem Inhibitorium unserer Zivilprozeßordnung, das Arrestgebot mit dem Arrestatorium. War nun ein Gegenstand vor der Pfändung mit Sicherheitsarrest belegt, so war nach § 967 Abs. 2 N. E. das Pfandrecht mit dem Zeitpunkt als erworben anzusehen, in welchem der Sicherheitsarrest vollzogen war, wenn dieser zur Zeit der Pfändung noch fortbestand.

Dieselben Rechtssätze waren nun auch auf die Vorpfändung anzuwenden. Diese hatte somit zunächst die Wirkung eines Untersagungs- und Arrestgebotes. Folgte die Pfändung rechtzeitig nach, so wurde sie auf den Zeitpunkt der Vorpfändung zurückdatiert. Die erstere Vorschrift sicherte den Gläubiger gegen nachteilige Verfügungen des Schuldners in der Zwischenzeit, die letztere sicherte ihm die Priorität.

Als man nun in § 678 des 2. Entw. der ZPO. das Institut der Vorpfändung übernahm, legte man der Vorpfändung ebenfalls die Wirkung einer Arrestvollziehung bei. Diese wurde dort in § 742 geregelt, den man in § 678 anzog. Sie erfolgte aber, wie schon im 1. Entw. § 727 und wie noch heute in § 930, durch Pfändung, nicht bloß durch Untersagungs- und Arrestgebot. Diese Ausgestaltung hat die Vorpfändung behalten. Man ist sich anscheinend nicht bewußt gewesen, daß damit die Wirkung der Vorpfändung eine ganz andere wurde. Denn konstruiert man ihre Wirkung nun dermaßen, daß man das Arrestpfandrecht, im N. E. den Sicherheitsarrest, sogleich mit der Vorpfändung entstehen läßt, so wie dies die Theorien der Resolutivbedingung und des einstweiligen Pfandrechts tun, so stößt man auf die Schwierigkeit, daß die nachfolgende Pfändung kein Pfandrecht mehr begründen kann;[2]) läßt man aber das Pfandrecht wie das Pfandrecht im N. E. erst mit der Pfändung entstehen, so fehlt in der Zwischenzeit jede Bindung des Schuldners; daran scheitern die Theorien der Rückdatierung und Suspensivbedingung.[3]) Kirchberger sucht

[2]) vgl. oben S. 32 f.

[3]) vgl. oben S. 29 u. 31.

beide Klippen zu vermeiden, indem er seine Theorie auf dem Rechte des N. E. aufbaut.[4]) Das ist aber nicht zulässig. Daß übrigens die Theorien der Resolutivbedingung und des einstweiligen Pfandrechtes dem Wesen der Vorpfändung entsprechen, wenn sie sich auch dem Wortlaute nicht völlig anpassen,[5]) ersieht man aus den Nordd. Protokollen S. 2036 37, wo gesagt ist, daß die Wirkung der Vorpfändung erlöschen solle, wenn nicht die Pfändung rechtzeitig erfolge.

2. Ob nun die Lehre vom einstweiligen Pfandrecht wirklich dem Wesen der Vorpfändungswirkung gerecht wird, ob sie also die Klippen umschifft, an denen die Lehre von der Vordatierung und von der Suspensivbedingung einerseits, die Lehre von der Resolutivbedingung (nach Kirchbergers Auffassung) andererseits scheitern, werden wir unten (unter 3. u. 4.) erörtern. Zunächst ist es notwendig, sich klar zu machen, ob das Grundprinzip der Steinschen Auffassung, die Scheidung der Pfändung von ihrer materiellen Wirkung, juristisch zu billigen ist.

Schon bei Wyszomirski[6]) finden wir den Gedanken dieser Trennung mit Beziehung auf den § 929 Abs. 3 ausgesprochen. Er sagt, man müsse sich gegenwärtig halten, daß die Pfändung eine rechtsgültige sei, wenn sie auch einstweilen noch kein Pfandrecht wirke. Die Pfändung existiere daher schon während des Schwebezustandes (bis zur nachträglichen Zustellung). Die Bejahung einer solchen Trennung von Pfändung und Pfandrechtsbegründung finden wir auch in der Praxis bei der Pfändung resolutiv bedingter, mit einem Anfangstermin versehener (§ 844) und zukünftiger[7]) Forderungen. Auch hier kann zunächst nur eine Pfändung erfolgen, die durchaus gültig ist, aber der Pfandrechtswirkung entbehrt. Denn für eine solche fehlt es an einem Objekt so lange, bis die Bedingung, der Tag eingetreten, die Forderung entstanden ist. Mit diesem Augenblick erst entsteht nun auch das Pfandrecht.

---

[4]) vgl. oben S. 28.

[5]) vgl. oben S. 32.

[6]) a. a. O. S. 784.

[7]) Über diese bestrittene Frage vgl. Gaupp-Stein zu § 829 I, 1a; RG. in JurW. 1904 S. 365.

Demselben Gedanken hat das Reichsgericht mit einer Entscheidung v. 31. 1. 1905 [8]) Ausdruck gegeben. Gepfändet war eine Sache, die der Schuldner unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers gekauft hatte, als das Eigentum noch diesem zustand. Während des Bestehens der Pfändung ging das Eigentum auf den Schuldner über. Das Reichsgericht nimmt an,[9]) daß mit diesem Zeitpunkt erst das Pfandrecht entstehe, weil jetzt erst das Hindernis weggefallen sei, das seine Entstehung bisher unmöglich gemacht habe. Die Pfändung der dem Schuldner nicht gehörigen Sache sei dagegen schon mit ihrer Vornahme gültig in Kraft getreten. Denn sie sei vom Gesetz nicht für unzulässig erklärt.

Umgekehrt wie bei den angeführten Beispielen[10]) liegt der Fall bei der Vorpfändung. Hier entsteht nicht zuerst die Pfändung, und erst später tritt das Pfandrecht hinzu, sondern dieses entsteht zuerst kraft eines privaten Aktes des Gläubigers, und die später hinzutretende Pfändung braucht und kann es nicht mehr begründen. Eine Analogie zur Vorpfändung bietet in dieser Hinsicht § 830 Abs. 2.[11]) Die Pfändung einer Forderung, für die eine Hypothek besteht, wird durch Pfändungsbeschluß und Übergabe des Briefes bezw. durch Eintragung der Pfändung im Grundbuche wirksam. Erst wenn diese Tatsachen eingetreten sind, entsteht ein Pfändungspfandrecht mit den im § 829 normierten Wirkungen. Zu diesen Wirkungen gehören auch die des Arrestatoriums. Wird aber der Pfändungsbeschluß vor jenem Zeitpunkte dem Drittschuldner zugestellt, so gilt „diesem gegenüber" die Pfändung schon mit der Zustellung als bewirkt, d. h. die Wirkungen des Arrestatoriums treten früher als die anderen Wirkungen des Pfandrechts ein, die Pfändung kann und braucht diesen Teil der Pfandrechtswirkung nicht mehr zu erzeugen. Bei der Vorpfändung findet die Pfändung nun sogar die gesamte Pfandrechtswirkung schon vor und erzeugt daher überhaupt kein Pfandrecht mehr.

---

[8]) RG. Bd. 60 S. 70.

[9]) S. 73.

[10]) vgl. Stein im Sächs. Arch. S. 9.

[11]) Der Wortlaut weicht von dem des § 845 Abs. 2 allerdings ab; er ist der einer Fiktion („gilt"). Vgl. Seuffert zu § 830, 3.

Daß unserer Prozeßgesetzgebung selbst endlich die gedankliche Trennung von Pfändung und Pfandrechtsbegründung nicht fremd ist, zeigt ein Blick auf die §§ 14, 15 KO. einerseits und den § 23 ZVG. und § 865 Abs. 2 ZPO. andrerseits. In der Konkursordnung verbietet § 15 den Rechtserwerb an Gegenständen der Masse während des Konkurses, auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners, sondern z. B. auf einer Pfändung beruht. § 14 dagegen verbietet außerdem noch die Vornahme von Zwangsvollstreckungsmaßregeln der Konkursgläubiger[12]) in das Vermögen des Gemeinschuldners. Ebenso macht § 23 ZVG., indem er der Beschlagnahme die Wirkung eines Veräußerungsverbotes beilegt, die entgegenstehenden Verfügungen des Schuldners und ebenso Zwangsverfügungen über die von der Beschlagnahme ergriffenen Forderungen nach § 135 BGB. den Gläubigern gegenüber unwirksam. Außerdem aber entzieht § 865 Abs. 2 ZPO. diese Forderungen der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, sobald die Beschlagnahme erfolgt ist.

Wir gelangen also zu dem Ergebnis, daß die Lehre vom einstweiligen Pfandrecht juristisch einwandfrei ist, und haben nun noch zu erörtern, ob sie auch dem Zwecke der Vorpfändung — Sicherung gegen zwischenzeitliche Verfügungen des Schuldners und Wahrung der Priorität — gerecht wird.

3. Betrachten wir den Einfluß zwischen zeitlichen Verfügungen des Schuldners, insbesondere der Zession, im Lichte der Steinschen Theorie, so müssen wir uns erinnern, daß für die Pfändung und die Pfandrechtsbegründung verschiedenartige Voraussetzungen gelten können. Es ist denkbar, daß eine Pfändung gültig erfolgen kann, daß sie aber kein Pfandrecht begründet, weil dessen

---

[12]) Jaeger, KO. zu § 15 Anm. 4, ist der Ansicht, daß sich § 15 auf die Fälle des § 14 nicht beziehe. Nach dem Wortlaute des § 15 ist das aber dennoch der Fall. Auch praktische Bedeutung kann die hier vertretene Auslegung gewinnen. Man nehme nur an, daß in dem Fall des RG. Bd. 60 S. 70 (oben S. 38) vor der letzten Ratenzahlung der Konkurs ausbricht und der Konkursverwalter die Rate bezahlt. Dann entsteht dennoch kein den Konkursgläubigern gegenüber wirksames Pfandrecht, nicht wegen § 14 KO.; denn eine Zwangsvollstreckungsmaßregel findet nicht statt; sondern wegen § 15; es kann nunmehr kein Pfandrecht an der Sache mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden.

Voraussetzungen fehlen. So lag z. B. der Fall in der oben[13]) zitierten Reichsgerichtsentscheidung. Die Voraussetzungen des Pfandrechts waren nicht vorhanden; denn die gepfändete Sache befand sich nicht im Vermögen des Schuldners. Dieser Umstand ist aber keine Voraussetzung gültiger Pfändung. Die Pfändung von Sachen durch den Gerichtsvollzieher, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden, ihm aber nicht gehören, darf der Gerichtsvollzieher gar nicht unterlassen, es sei denn, daß dieser Mangel der Zugehörigkeit ein offensichtlicher wäre.[14]) Die Pfändung ist nicht unzulässig, sondern wird erst nach §§ 771, 775 für unzulässig erklärt, weil sie kein Pfandrecht begründen kann (dieses wird als anfechtbar oder nichtig betrachtet.[15])

Bei der Vorpfändung müssen nun die Voraussetzungen der Pfandrechtsbegründung nur im Zeitpunkte der Vorpfändung vorliegen, im Zeitpunkt der Pfändung aber nicht mehr; dann sind nur noch diejenigen eines gültigen Vollstreckungsaktes erforderlich. Ist also die Forderung vom Schuldner in der Zwischenzeit zediert worden, so hindert dies den Eintritt der Pfändung nicht; denn Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen ist eine Voraussetzung nicht der Pfändung, sondern nur der Pfandrechtsbegründung.[16]) Man muß überdies schon aus dem Grunde dazu gelangen, der zwischenzeitlichen Zession einen Einfluß auf die Nachpfändung abzusprechen, weil dem einstweiligen Pfändungsrechte wie jedem Arrestpfandrechte auch die Wirkungen des Inhibitoriums zukommen, die Zwischenverfügungen des Schuldners also schon darum dem Gläubiger gegenüber nach §§ 135, 136 BGB. unwirksam sein müssen.[17])

Ebensowenig kann die Einziehung und vertragsmäßige Aufhebung der Forderung in der Zwischenzeit dem Gläubiger

---

[13]) S. 38.

[14]) vgl. Stein im Sächs. Arch. S. 8.

[15]) vgl. Müller S. 89 ff.

[16]) vgl. Stein im Sächs. Arch S. 9.

[17]) Die Anwendbarkeit der §§ 135, 136 BGB. leugnet anscheinend — ohne Begründung — Kell S 34; dennoch schützt nach ihm (S. 40) das resolutiv bedingte Pfandrecht den Gläubiger gegen benachteiligende Verfügungen. Selbstverständlich kann der gute Glaube bei Forderungen, außer bei Hypothekenforderungen, keine Rolle spielen. Gaupp-Stein zu § 845 II, 1.

schaden. Das einstweilige Pfandrecht schützt ihn. Nach § 804 Abs. 2 ZPO. in Verb. mit § 1276 BGB. sind solche Verfügungen ohne seine Zustimmung unwirksam. Die Pfändung kann also trotzdem noch eintreten. Sonach hält die Theorie des einstweiligen Pfandrechts die Angriffe aus, die man mit Recht gegen die von der Zurückdatierung und Suspensivbedingung richtet. Sie schützt den Gläubiger gegen zwischenzeitliche Verfügungen des Schuldners. Sie sichert ihm auch die Priorität; denn es besteht ja von der Vorpfändung an schon ein Pfandrecht.[18])

4. Andererseits aber gelten ihr auch nicht die Angriffe, die Kirchberger gegen die Lehre von der Resolutivbedingung gerichtet hat.[19]) Denn diese haben ihren Grund in der Auffassung der Pfändung als eines rein tatsächlichen Formalaktes. Das ist nach der Lehre vom einstweiligen Pfandrecht die Pfändung aber nicht. Danach ist sie vielmehr eine Prozeßhandlung, die nur dann bewirkt werden kann, wenn die Voraussetzungen einer solchen gegeben sind.

In den Fällen, in denen nach Kirchberger (mit Recht) die Pfändung für unzulässig erklärt wird, aber zulässig sein würde, wenn sie nur ein Formalakt wäre — Konkurs, Beschlagnahme —, ist sie nach der hier vertretenen Auffassung auch wirklich unzulässig. Denn die Konkurseröffnung in der Zwischenzeit macht die Pfändung unmöglich, nicht nach § 15 KO.; denn dieser bezieht sich, wie wir gesehen haben,[20]) nur auf die Pfandrechtsbegründung, sondern nach § 14 KO., der die Pfändung als Vollstreckungshandlung für unzulässig erklärt.[21])

Ist aber eine Forderung vorgepfändet, auf die sich die Hypothek erstreckt, und erfolgt in der Zwischenzeit die Beschlagnahme des schuldnerischen Grundstückes, so kann nunmehr eine gültige Pfändung nicht mehr erfolgen, nicht nach § 23 ZVG.;[22]) denn dieser bezieht sich auf die Begründung neuer Rechte,[23]) eine

---

[18]) vgl. oben S. 25 u. 39.
[19]) vgl. oben S. 33 f.
[20]) vgl oben S 39.
[21]) Stein im Sächs Arch. S. 9.
[22]) So v. Harder in ZBP. Bd. 32 S. 380.
[23]) vgl. oben S. 39.

solche bezweckt die Pfändung ja aber nicht, sondern nach § 865 Abs. 2 ZPO., denn danach ist eine solche Forderung vom Zeitpunkt der Beschlagnahme an der Pfändung entzogen, eine trotzdem erfolgte Pfändung unzulässig, nichtig.[21])

Dasselbe muß gelten, wenn in der Zwischenzeit die Zwangsvollstreckung eingestellt wird. Auch dann ist die Pfändung als Vollstreckungsakt nichtig.

Die Angriffe Kirchbergers gegen die Lehre der Resolutivbedingung sind somit nicht begründet gegenüber der vom einstweiligen Pfandrecht.

5. Dem Pfandrecht wird seine Wirkung erhalten, wenn die Pfändung fristgemäß erfolgt. Ergeht diese auf Grund eines anderen Titels als eines Arrestbefehles, so treten mit der Pfändung dem Pfandrecht noch die Wirkungen der Vollstreckbarkeit hinzu.

Erfolgt die Pfändung dagegen nicht fristgemäß, so erlischt das Pfandrecht vollständig, und zwar ex tunc, als hätte es nie bestanden, vermag keinerlei Wirkung auch nach rückwärts hin mehr auszuüben: die entgegenstehenden Verfügungen des Schuldners vor der Pfändung sind gültig. Daß in dieser Konstruktion eine Fiktion nicht enthalten ist, ist schon oben bei der Resolutivbedingung gesagt.[24]) Da die verspätete Pfändung ein Pfandrecht nicht mehr vorfindet, so begründet sie nun selbst ein solches, das aber erst von dem Zeitpunkt an datiert, in dem sie selbst bewirkt wurde.

Ist eine Forderung vorgepfändet, für die eine Buchhypothek besteht, und ist die Vorpfändung im Grundbuche verlautbart und dabei auch das Datum der Vorpfändung mit eingetragen,[25]) so ist nach Ablauf der dreiwöchigen Frist aus dem Eintrag selbst ersichtlich, daß das einstweilige Pfandrecht ex tunc erloschen ist; denn es wäre nur wirksam, wenn auch die Pfändung gemäß § 830 ZPO. inzwischen verlautbart worden wäre.[26])

Zur Löschung genügt ein formloser Antrag des Gläubigers oder Schuldners (GBO. § 13 Abs. 2, § 30). Ist das Datum der

[24]) vgl. oben S. 32.
[25]) vgl. oben S. 23, 24.
[26]) vgl. oben S. 23.

Vorpfändung nicht eingetragen, so ist der Zustellungsnachweis zur Löschung beizubringen.

Die Konstruktion des Pfandrechtes als eines einstweiligen entspricht der Natur des Arrestpfandrechtes. Auch dieses ist einstweilig, bestimmt, entweder in ein Vollstreckungspfandrecht überzugehen, wenn der Gläubiger noch einen vollstreckbaren Schuldtitel erwirbt,[27]) oder nach §§ 926, 927 aufgehoben zu werden.

6. Betrachten wir nun endlich noch das Verhältnis, in dem die Lehre vom einstweiligen Pfandrecht zur Lehre der Resolutivbedingung steht. Beide lassen mit der Vorpfändung ein Pfandrecht entstehen, welches wieder untergeht, wenn nicht die Pfändung rechtzeitig erfolgt. Sie unterscheiden sich einmal dadurch, daß die Lehre vom einstweiligen Pfandrecht den Begriff der Bedingung ausscheidet. Die Hereinziehung dieses Begriffes ist aber, wie wir gesehen haben, sachlich belanglos.[28]) Weiter unterscheiden sie sich dadurch, daß das über die Fortdauer des Pfandrechts entscheidende Ereignis nach der Lehre vom einstweiligen Pfandrecht keine Pfandrechtsbegründung ist. Daß aber eine pfandrechtwirkende Nachpfändung auch für die Lehre vom Resolutivpfandrecht abzulehnen ist, ist oben[29]) dargetan worden. Kirchberger und Keidel sind jedoch nicht im Rechte, wenn sie nun weiter folgern: weil die Pfändung kein Pfandrecht begründen könne, darum müsse sie ein bloßes Formale sein.[30]) Durchaus nicht! Sie ist vielmehr eine Vollstreckungshandlung, nur ohne materielle Wirkung, und dies darum, weil diese Wirkung schon vorhanden ist. Es ist nicht einzusehen, warum diese Auffassung der Pfändung bei der Lehre von der Resolutivbedingung nicht ebensogut möglich sein sollte wie bei der vom einstweiligen Pfandrecht. Damit entfällt aber jeder sachliche Unterschied zwischen beiden Theorien;[31]) denn die Weglassung des Begriffes der Bedingung ist, wie schon gesagt, ganz belanglos. Kirchbergers

---

[27]) vgl. Gaupp-Stein zu § 930 IV.

[28]) vgl. oben S. 30.

[29]) vgl. oben S. 32, 33.

[30]) vgl. oben S. 33, 34.

[31]) Nicht zutreffend ist daher meines Erachtens die Unterscheidung, die Stein im Sächs. Arch. S. 12 noch macht.

Angriffe gegen die Theorie der Resolutivbedingung werden hinfällig, da die Pfändung nicht als Formalakt aufgefaßt wird, beide Theorien sind vollständig gleichmäßig zu betrachten und zu bewerten; nur aus dem einen Grunde verdient die Theorie vom einstweiligen Pfandrecht den Vorzug vor derjenigen von der Resolutivbedingung: weil sie den Bedingungsbegriff vermeidet, wo die Rechtssätze über die Bedingung keine Anwendung finden können.

4. Schlußfolgerungen aus dem gewonnenen Ergebnisse.

§ 14.

a) Der Einfluß zwischenzeitlicher Ereignisse.

I. Daß eine in der Zeit zwischen Vorpfändung und Pfändung erfolgte Zession der vorgepfändeten Forderung den Eintritt der Pfändung und damit die definitive Wirksamkeit der Vorpfändung nicht zu hindern vermag, ist schon oben gesagt worden.[1] Dasselbe hat, wie auch schon ausgeführt worden ist, von der Einziehung und der vertragsmäßigen Aufhebung der Forderung zu gelten.[2]

Daß andererseits die in der Zwischenzeit erfolgte Beschlagnahme des schuldnerischen Grundstückes, wenn sie die vorgepfändete Forderung umfaßt,[3] und die Einstellung der Zwangsvollstreckung[4] eine nachfolgende Pfändung nichtig macht, so daß die Vorpfändung ihre Wirkung einbüßt, ist ebenfalls schon in § 13 bei der Prüfung der Lehre vom einstweiligen Pfandrecht hervorgehoben worden.

---

[1] Oben S. 40. Dies ist unbestritten. Vgl. OLG. Köln in Puchelts Zeitschr. Bd. 35 S. 43; RG. Bd. 8 S. 421.

[2] vgl. oben S. 40 f.

[3] vgl. oben S. 41. Unbestritten; vgl. Gaupp-Stein Bd. 2 S. 643 Note 35; RG. Bd. 59 S. 92; JurW. 1905 S. 89 Note 38; KG. v. 8. 6. 1904 in KGBl. Bd. 15 S. 82; vgl. auch LG. Mannheim und v. Harder, ZZP. Bd. 32 S. 375.

[4] vgl. oben S. 42; Stein im Sächs. Arch. a. a. O. S. 2.

II. Den — gleichen — Einfluß der Konkurseröffnung und die Gründe dieses Einflusses haben wir gleichfalls schon oben[5]) beleuchtet. Auch in diesem Punkte herrscht gegenwärtig kein Streit mehr.[6]) Allein v. Völderndorff[7]) hat einer abweichenden Meinung Ausdruck gegeben. Auch er bestreitet nicht, daß nach der Konkurseröffnung eine Pfändung nicht mehr möglich sei, aber die Konkurseröffnung soll nach ihm die Stelle der Pfändung vertreten; denn sie enthalte eine Pfändung der Masse. Dieser Ansicht kann indessen nicht beigetreten werden. Denn einmal begründet die Konkurseröffnung kein Generalpfandrecht,[8]) und sodann könnte jedenfalls ein solches Generalpfandrecht nicht als ein Pfändungspfandrecht an den einzelnen Massegegenständen im Sinne der Zivilprozeßordnung betrachtet werden, wie es der § 845 verlangt. Daß auf Grund der Vorpfändung kein Absonderungsrecht nach §§ 48, 49 Ziff. 2 KO. beansprucht werden kann,[9]) ist selbstverständlich, da das Pfandrecht infolge Ausbleibens der Pfändung ex tunc erlischt.

III. Nach der herrschenden,[10]) auch vom Reichsgericht[11]) geteilten Anschauung steht der Konkurseröffnung der Erlaß des allgemeinen Veräußerungsverbotes nach § 106 KO. gleich. Auch er soll dem Eintritt einer den Konkursgläubigern gegenüber wirksamen Pfändung im Wege stehen; somit würde die Vorpfändung ihre Wirkung wieder einbüßen. Das allgemeine Veräußerungsverbot ist ein gerichtliches Veräußerungsverbot im Sinne von §§ 135, 136 BGB., das den Schutz der künftigen Konkursgläubiger bezweckt. Verfügungen und Zwangsverfügungen über Massegegenstände sind also diesen gegenüber unwirksam.

---

[5]) vgl. oben S. 41.

[6]) Jaeger, KO. zu § 14 Anm. 13; Gaupp-Stein zu § 845 II, 2; RG. Bd. 26 S. 425, Bd. 42 S. 365; KG. bei Gruchot Bd. 28 S. 279; Kirchberger S. 26; Kell S. 42.

[7]) ZZP. Bd. 6 S. 169.

[8]) vgl. Jaeger, Komm. z. KO. zu § 3 Anm. 48 (S. 63).

[9]) vgl. Kell S. 43.

[10]) Kirchberger S. 58; Kell S. 44; Müller S. 173; Jaeger, KO. § 106 Anm. 6; and. Ans. Weigelin S. 17; Stein im Sächs. Arch. S. 10.

[11]) RGE. v. 3. 7. 1890 Bd. 26 S. 425.

Die Pfändung, die nach Erlaß des allgemeinen Veräußerungsverbotes bewirkt wird, ist aber nach der hier vertretenen Auffassung keine Zwangsverfügung, sondern eine Prozeßhandlung ohne Pfandrechtswirkung. Ihr steht also das Verbot nicht entgegen. Das Pfandrecht existiert schon. Die Zwangsverfügung, welche es schuf, war die Vorpfändung. Der Fall liegt ebenso wie bei § 23 ZVG. und § 15 KO., die gleichfalls, wie wir oben[12]) gesehen haben, den Eintritt der Pfändung nach der Vorpfändung nicht zu hindern vermöchten. § 772 bestimmt auch ausdrücklich, daß ein Veräußerungsverbot der in §§ 135, 136 BGB. bezeichneten Art nur die Veräußerung und Überweisung des Gegenstandes, auf den es sich bezieht, unter gewissen Voraussetzungen hindert, und daß auf Grund des Veräußerungsverbotes nach Maßgabe des § 771 Widerspruch erhoben werden kann. Die prozessuale Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aber wird eben nicht ausgesprochen,[13]) und nur diese könnte die Gültigkeit dieser Pfändung berühren. Demnach ist die Pfändung nach Erlaß des allgemeinen Veräußerungsverbotes möglich und gültig. Die Wirkung der Vorpfändung wird durch sie aufrechterhalten.

Der zitierten Reichsgerichtsentscheidung (Anm. 11) liegt noch die alte Zivilprozeßordnung zugrunde. Damals verwies § 106 (alt § 98) auf § 15 (alt § 12) KO. Wir haben schon gesehen,[14]) daß nicht diese Bestimmung, sondern § 14 KO. es ist, der die Nachpfändung nach Konkurseröffnung unwirksam macht.

Nicht angängig ist es, die par conditio creditorum als den Zweck des allgemeinen Veräußerungsverbotes für die gegenteilige Meinung ins Feld zu führen. Das Verbot bezweckt nur, den Erwerb neuer Rechte zu verhindern; hier aber besteht schon zur Zeit seines Erlasses ein Pfandrecht. Freilich besteht im Falle des Eintrittes des Konkurses nach der Vorpfändung auch schon ein einstweiliges Pfandrecht. Aber die Konkurseröffnung hat eben kraft § 14 KO. eine weitergehende Bedeutung als der Erlaß des allgemeinen Veräußerungsverbotes: sie hindert nicht nur die Be-

---

[12]) vgl. oben S. 41.
[13]) Ebenso Jaeger, KO. § 106 Anm. 6.
[14]) vgl. oben S. 41.

gründung neuer Rechte, sondern auch die Vornahme neuer Vollstreckungshandlungen.

IV. Entsprechende Erwägungen sind bei der Betrachtung des Einflusses eines zwischenzeitlichen Nachlaßkonkurses anzustellen, wenn die Vorpfändung vor, die Pfändung nach Eintritt des Erbfalles, aber noch vor Eröffnung des Nachlaßkonkurses erfolgt ist. Das Reichsgericht[15]) hat die Begründung eines Absonderungsrechtes in diesem Falle auf Grund von § 221 KO. verneint, indem es behauptet: während sonst die Konkurseröffnung den Eintritt der wirksamen Nachpfändung unmöglich mache, verlege § 221 KO. den kritischen Zeitpunkt in dieser Hinsicht auf die Zeit des Erbfalles zurück. § 221 sagt aber nur, daß auf Grund einer nach Eintritt des Erbfalles gegen den Nachlaß erfolgten Maßregel der Zwangsvollstreckung abgesonderte Befriedigung nicht verlangt werden könne. Abgesonderte Befriedigung wird aber verlangt auf Grund des Pfandrechtserwerbes, und dieser beruht nicht auf der Pfändung, sondern auf der Vorpfändung, die noch vor dem Eintritt des Erbfalles liegt. Will man die Bedeutung des § 221 KO. so bezeichnen, daß er die Wirkung der Konkurseröffnung auf den Zeitpunkt des Erbfalles zurückverlege, so tut er es jedenfalls nur rücksichtlich der Wirkung des § 15 KO., nicht des § 14; und dieser letztere ist hier, wie oft erwähnt, allein von Wichtigkeit.[16])

§ 15.

Fortsetzung: Hinterlegung.

Wenn der Drittschuldner in der Zwischenzeit seine Verbindlichkeit erfüllen will, so kann er nicht an den Schuldner zahlen; denn im Falle des rechtzeitigen Eintrittes der Nachpfändung wäre seine Leistung unwirksam: er müßte an den Gläubiger nochmals leisten.[1]) Auch darf der Schuldner die Leistung nicht annehmen. Noch weniger ist der Drittschuldner berechtigt, an den Gläubiger selbst zu leisten. Er kann also seine Verbindlichkeit infolge einer

[15]) Entsch. v. 15. 2. 1907 in JurW. 1907 S. 207 = Sächs. Arch. 1907 S. 322.

[16]) Ebenso Stein im Sächs. Arch. S. 10.

[1]) vgl. oben S. 40 f.

nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen und ist daher, falls seine Schuld auf hinterlegungsfähige Sachen geht, zur Hinterlegung berechtigt (§ 372 BGB.). Das ist unbestritten.[2]) Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen, so wird er durch die Hinterlegung wie durch Leistung befreit (§ 378 BGB.).

Man hat daraus die Folgerung gezogen, daß die vorgepfändete Forderung durch die Hinterlegung erlösche und daher nicht mehr nachgepfändet werden könne.[3]) Während also sonst eine Aufhebung der Forderung während der Zwischenzeit dem Gläubiger gegenüber unwirksam ist, da dem Schuldner die Einziehung, dem Drittschuldner die Zahlung untersagt ist, soll durch Hinterlegung der Drittschuldner ungehindert die Forderung zum Erlöschen bringen können.

Da dieses Resultat sehr unbefriedigend ist, haben v. Wilmowski-Levy[4]) ihm vorbeugen wollen, indem sie dem Gläubiger gegenüber die Hinterlegung wirkungslos sein lassen.

Förster-Eccius[5]) dagegen läßt aus demselben Grunde die Forderung für den Zweck der Vorpfändung weiterbestehen. Ihm schließt sich Kirchberger an.[6]) Auch nach ihm wird durch die Hinterlegung nur der Drittschuldner von seiner Leistungspflicht befreit, ohne daß dadurch das Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Schuldner berührt würde. Insbesondere bleibt nach ihm der Drittschuldner Drittschuldner. Ihm ist der Pfändungsbeschluß zuzustellen.

M. E. ist es bedenklich, den Drittschuldner auch nach der Hinterlegung noch als solchen anzusehen, während er sich dadurch doch geradeso wie durch Leistung befreit hat, also nichts mehr „schuldig" ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst ordnet die Rechts-

---

[2]) vgl. Gaupp-Stein zu § 845 II, 1; ferner OLG. Dresden in Rspr. Bd. 14 S. 210, wo die Hinterlegung mit Recht sogar bei einer ungültigen Vorpfändung gegeben wird.

[3]) So Falkmann Bd. 2 S. 253 und Entsch. d. KG. in Sachen Heßdörfer-Kampfer III U 157/85.

[4]) Zu § 744 Bem. 4.

[5]) Bd. 1 § 92 Anm. 20.

[6]) S. 51 ff.

lage in §§ 380 u. 382 in dem Sinne, daß der Gläubiger von seinem Schuldner an Stelle der alten Leistung nur noch die Abgabe gewisser Erklärungen verlangen kann, daß er aber „ein Recht auf den hinterlegten Betrag" hat. Die alte Forderung erlischt also nicht, sie verwandelt sich nur in ein Recht auf den hinterlegten Betrag. Der Schuldner, in unserem Falle der Drittschuldner, wird nur eine andere Person, nämlich die Hinterlegungsstelle. Dieser ist der Pfändungsbeschluß zuzustellen.[7]) Pfändet ein Dritter nach der Vorpfändung und nach der Hinterlegung die Forderung des Schuldners an die Hinterlegungsstelle, so ist die Sachlage also nicht anders zu beurteilen, als wäre diese Stelle von Anfang an Drittschuldnerin gewesen und als wäre auch die Vorpfändung schon ihr zugestellt worden. Das einstweilige Pfandrecht besteht an der so verwandelten Forderung mit demselben Range, wie es an der ursprünglichen bestand. Kirchberger behauptet,[8]) daß der Schuldner eine Forderung gegen die Hinterlegungsstelle gar nicht erworben habe, eine solche habe nur der „Berechtigte", das sei aber der Schuldner dann nicht, wenn die Nachpfändung rechtzeitig erfolge. Diese Behauptung ist m. E. irrig. Dem Schuldner steht die Forderung gegen die Hinterlegungsstelle in jedem Falle zu, ob nun die rechtzeitige Nachpfändung ausbleibt oder eintritt, nur daß er im letzteren Falle in der Verfügung über diese Forderung beschränkt ist.

§ 16.

b) Die Anfechtung der Vorpfändung im Konkurse.

Die Anfechtung der Vorpfändung kann nur eine konkursmäßige nach § 30 KO. sein. Denn die Anfechtung außerhalb des Konkurses bezieht sich nur auf Rechtshandlungen, die der Schuldner vorgenommen hat, nicht auf solche des Gläubigers.

Fraglich erscheint zunächst, ob die Vorpfändung oder die Pfändung oder beides[1]) angefochten werden muß. Anfechtbar

[7]) s. oben Stein im Sächs. Arch. S. 3; anscheinend auch RG. v. 24. 11. 1897, JurW. 1898 S. 50 (Nr. 18).

[8]) S. 55.

[1]) Nach Kirchberger in Leipz. Zeitschr. Bd. 2 (1908) S. 765 genügt die Anfechtung der Vorpfändung allein nicht.

ist die Rechtshandlung, welche dem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung „gewährt". Nach der hier vertretenen Auffassung wird die Sicherung schon durch die Vorpfändung „gewährt"; denn mit dieser entsteht das Arrestpfandrecht. Die Pfändung dient nur zu seiner Perpetuierung. Daher ist die Vorpfändung allein anzufechten. Die Anfechtung der Pfändung ist weder erforderlich noch genügend.

Damit ist auch schon die hauptsächliche Streitfrage entschieden, die zu diesem Punkte existiert, nämlich der Fall, daß die Vorpfändung vor der kritischen Zeit des § 30 KO., die Pfändung in diese Zeit fällt. In solchem Falle ist nach unserer Auffassung das Pfandrecht unanfechtbar; denn die Anfechtung der Pfändung ist möglich, aber nicht genügend, die Anfechtung der Vorpfändung unmöglich.[2]) Die Vertreter der gegenteiligen Anschauung[3]) gehen von der Auffassung aus, daß die Pfändung das Pfandrecht erst hervorbringe, wenn auch mit rückwirkender Kraft. Sie müssen daher die Pfändung als die Sicherung gewährende Rechtshandlung ansehen, die darum auch anzufechten ist. Das Reichsgericht[4]) stimmt in seinem Ergebnis mit dem unseren überein, gelangt aber dazu auf einem etwas anderen Wege. Es meint nämlich, daß die Anfechtung nur obligatorische Kraft habe und die Pfändung ihre Wirkung nur für die Zukunft verlieren lasse, während die schon erzeugten Folgen der Pfändung nicht von selbst und rückwärts zusammenfallen könnten. Aber wenn die Pfändung hier wirklich die Begründung des Pfandrechts bewirkte, so müßte die Anfechtung doch nach § 29 jedenfalls zur Folge haben, daß die Pfändung den Konkursgläubigern gegenüber in jeder Hinsicht unwirksam (§ 29 KO.) würde, auch soweit sie rückwärts wirkt.[5]) Näher kommt das Reichsgericht der hier gegebenen Begründung,

---

[2]) Stein im Sächs. Arch. S. 13; Gaupp-Stein zu § 845 II, 4 und andere Kommentare; RG. s. Note 4.

[3]) Jaeger, KO. S. 371 zu § 30 Anm. 36; Reincke zu § 845 Bem. 2b; Petersen-Anger zu § 845, 5; v. Wilmowski-Kurlbaum § 30 Anm. 28; Kirchberger S. 65 und in Leipz. Zeitschr. Bd. 2 S. 765.

[4]) Entsch. v. 16. 11. 1898 Bd. 42 S. 365; ebenso OLG. Colmar in Jur. Zeitschr. f. d. Reichsland Elsaß-Lothringen 1907 S. 568.

[5]) vgl. Jaeger a. a. O. und Kirchberger in Leipz. Zeitschr. a. a. O.

wenn es als weiteren Grund seiner Auffassung anführt, daß das Arrestpfandrecht auf der außergerichtlichen Pfändung beruhe. Nur muß eben daraus die Konsequenz gezogen werden, daß die Pfändung der Anfechtung überhaupt nicht unterliegt, weil sie die Sicherung des Gläubigers nicht „gewährt".

§ 17.

5. Die Frist des § 845 Abs. 2.

I. Für die Berechnung der Frist des § 845 Abs. 2 kommen nach § 222 die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Anwendung. Das sind hier die §§ 187 Abs. 1 u. 188 Abs. 2. Die Frist endigt also mit dem Ablaufe desjenigen Tages der dritten Woche, welcher durch seine Benennung dem Tage entspricht, in den die Zustellung der Benachrichtigung an den Drittschuldner fiel.[1]) Die Frist ist eine gesetzliche, da ihre Dauer durch das Gesetz normiert ist. Sie kann daher vom Richter nicht auf Antrag verkürzt oder verlängert werden[2]) (§ 224 Abs. 2). Auch durch Parteivereinbarung könnte dies nicht geschehen (§ 224 Abs. 1); denn einmal ist der Drittschuldner nicht Partei, und sodann stünde einer Verlängerung das berechtigte Interesse der anderen Gläubiger und des Schuldners entgegen.[3]) Eine mittelbare Verlängerung der Frist kann durch Wiederholung der Vorpfändung erzielt werden. Für die gegenteilige Ansicht bietet das Gesetz keinen Anhalt.[4]) Die Pfändung bezieht sich dann auf diejenige Vorpfändung, die noch innerhalb der Frist liegt. Die Gerichtsferien sind auf den Lauf der Frist ohne Einfluß (vgl. oben S. 15).

II. Erfolgt die Vorpfändung auf Grund eines Arrestbefehles, so ist nach § 929 Abs. 2 dessen Vollziehung unstatthaft, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl verkündet oder dem Arrest-

---

[1]) OLG. Hamburg v. 14. 7. 1906 in Rspr. Bd. 14 S. 181.

[2]) Kirchberger S. 20 Anm. 1; Kell S. 44.

[3]) RG. v. 24. 10. 1888 Bd. 22 S. 410; OLG. Hamburg v. 29. 4. 1890, Seuff. Arch. Bd. 46 S. 479; Komm.; Kirchberger u. Kell wie Anm. 2.

[4]) Kell S. 45; Kirchberger S. 20; Gaupp-Stein zu § 845 II, 3; Seuffert zu § 845, 3b; and. Anf. OLG. Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 46 Nr. 237.

gläubiger zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind. Die Vorpfändung ist aber nur wirksam, wenn ihr die Pfändung binnen drei Wochen nachfolgt. Wurde nun der Arrestbefehl dem Arrestgläubiger am gleichen Tage zugestellt wie die Pfändungsankündigung dem Drittschuldner, so wird in der Literatur[5]) vielfach die Anschauung vertreten, daß solchenfalls die Pfändung auch binnen der zweiwöchigen Frist des § 929 Abs. 2 erfolgen müsse. Es trete also eine Verkürzung der Frist des § 845 Abs. 2 um eine Woche ein. Diese Verkürzung würde sich entsprechend verringern, je später die Zustellung des Arrestbefehles der der Pfändungsankündigung nachfolgte.[6]) Dagegen ist vorwiegend die Praxis[7]) der Meinung, daß die von § 929 Abs. 2 geforderte Vollziehung des Arrestes schon in der Vorpfändung liege, daß sie also zur Wahrung der zweiwöchigen Frist dieses Paragraphen genüge und daß die Frist des § 845 Abs. 2 in jedem Falle in voller Dauer vom Zeitpunkt der Vornahme der Vorpfändung an laufe.

Nach der hier vertretenen Auffassung wird die Zwangsvollstreckung in eine Forderung, d. h. die Pfandanlegung an sie, gleichviel auf Grund welches Titels sie erfolgt, durch die Vorpfändung bewirkt. Die rechtzeitige Pfändung legt kein Pfand mehr an, sie fügt dem schon bestehenden Arrestpfand nur noch die Vollstreckungswirkung hinzu, wenn aber der Titel selbst Arrestbefehl ist, tut sie nicht einmal dieses. Die zwangsweise Vollziehung des Titels, auch des Arrestbefehles, geschieht also durch die Vorpfändung, nicht durch die Pfändung. Diese erhält nur die Wirkungen der bereits eingetretenen Arrestvollziehung. Es genügt also, wenn die Vorpfändung binnen der zweiwöchigen Frist des § 929 Abs. 2 erfolgt. In seiner zitierten Entscheidung[8]) hat das bayerische

---

[5]) Hellmann in JurW. 1890 S. 139; Stein im Komm. zu § 845 II, 3 und im Sächs. Arch. S. 2; Seuffert zu § 929 Bem. 2; Kirchberger S. 65 ff.

[6]) vgl. Hellmann und Kirchberger a. a. O. a. E.

[7]) Bayer. ObLG. v. 25. 2. 1890, Seuff. Arch. Bd. 46 S. 230; KG. v. 27. 3. 1901 (in Rspr. Bd. 2 S. 358) und v. 4. 11. 1901 (in Rspr. Bd. 3 S. 445); OLG. Posen v. 30. 1. 1888 in JJP. Bd. 13 S. 414; OLG. Hamburg v. 14. 7. 1906 in Rspr. Bd. 14 S. 181; ebenso Keidel in JJP. Bd. 21 S. 63 und Kell Bd. 5 S. 45 f.

[8]) a. a. O.

Oberste Landesgericht, das wegen mancher Punkte des Urteils von Hellmann[9]) mit Recht angegriffen wird, dem hier zugrunde gelegten Gedanken auch Ausdruck gegeben, indem es sagt, das Recht des Gläubigers werde nicht aus der Pfändung begründet; das Gesetz lege vielmehr der Benachrichtigung selbst die Wirkung des vollzogenen Arrestes bei.

[9]) a. a. O.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.